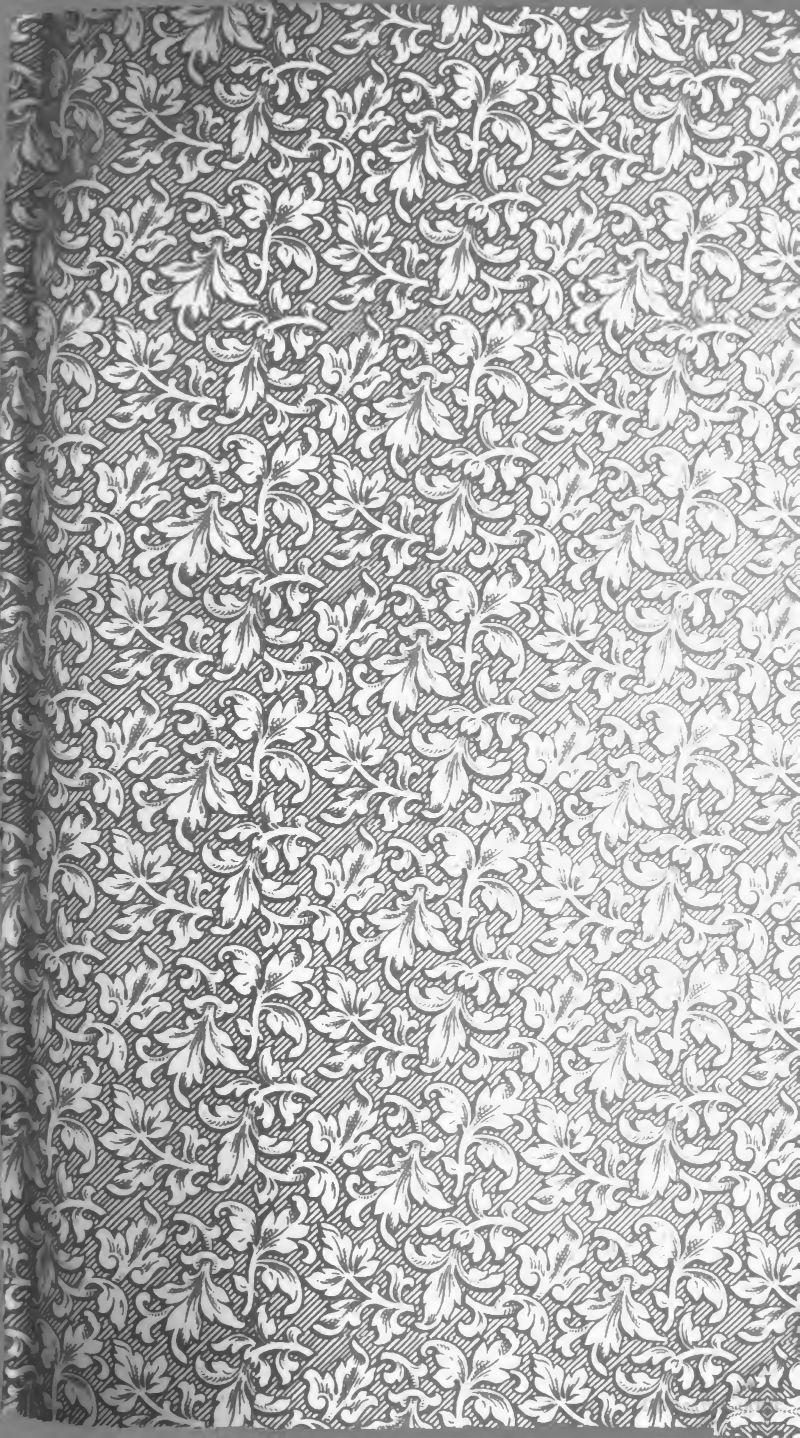
WÜRTTEMBERGISCHES ARCHIV FÜR RECHT UND RECHTSVERWALTUNG, MIT...





Württembergisches Archiv
für
Recht und Rechtsverwaltung
mit Einschluß der Administrativ-Justiz.

Herausgegeben
von
Dr. F. Ph. F. v. Kübel
und
Dr. E. O. C. v. Sarwey.

Neunzehnter Band.

Stuttgart 1878.
Druck und Verlag der Stuttgarter Buchdruckerei-Gesellschaft.
(Früher Chr. Fr. Cotta's Erben).
In Kommission bei H. Lindemann.

Rec. March 7, 1905

Inhaltsübersicht

des neunzehnten Bandes.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Literarische Mittheilungen.

Seite

Seite

Seite

I.

Abhandlungen, Rechtsfälle und Gutachten.

Bemerkungen zur Frage der gesetzlichen Regelung der Tragung der Gefahr beim Kauf.

Von Ober-Trib.-V.-Präsident Dr. v. Kübel.

Fällt der Zeitpunkt der Schließung des Kaufvertrages mit dem Zeitpunkte seiner Erfüllung nicht zusammen und legt sich ein längerer oder kürzerer Zeitraum zwischen den Abschluß des Vertrages und die Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer (oder den die Tradition vertretenden Akt), so wird dadurch die Möglichkeit einer in diesem Zeitraum erfolgenden Einwirkung auf die Sache eröffnet, welche zur gänzlichen oder theilweisen Unmöglichkeit der Leistung derselben führen kann. Denn in Folge jener Einwirkung kann in der offen gelassenen Zwischenzeit die Sache ganz oder theilweise zu Grunde gehen, sie kann abhanden kommen oder sie kann verschlechtert werden. Geschieht dies ohne eine von dem Verkäufer zu vertretende Verschuldung, durch Zufall, so erhebt sich die Frage, wer die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Sache (periculum interitus et deteriorationis) zu tragen habe, ob der Verkäufer oder der Käufer, oder ob vielleicht beide zusammen. Dabei handelt es sich nicht sowohl um den in dem Ereignisse des Verlustes und der Verschlechterung der Sache an sich liegenden Nachtheil, als vielmehr um den Einfluß jenes Ereig-

nisses auf die aus dem Kaufvertrag entspringenden gegenseitigen Forderungen und Verbindlichkeiten und die Frage ist insbesondere die, ob, wenn und soweit der Verkäufer durch die zufällige, gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung von seiner Verbindlichkeit frei wird, insoweit auch der Käufer seiner Verbindlichkeit zur Gegenleistung ledig ist, oder ob der Verkäufer, seiner eigenen Befreiung ungeachtet, dennoch die Gegenleistung von dem Käufer fordern kann. In letzterem Falle, wenn der Käufer ungeachtet der gänzlichen oder theilweisen Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit und obwohl Jener hiernach entweder nichts oder nur die verminderte oder verschlechterte Sache bekommt, dennoch seinerseits leisten und den vollen Kaufpreis bezahlen muß, trägt der Käufer die Gefahr. Der Verkäufer dagegen trägt die Gefahr wenn derselbe entweder statt der untergegangenen Sache etwas Anderes, deren Werth, geben und für die Verschlechterung der Sache Ersatz leisten muß oder, wenn er zwar von seiner Verbindlichkeit im Umfang der eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung befreit wird, aber auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung entweder ganz, oder im Falle des theilweisen Untergangs und der Verschlechterung der Sache theilweise verliert.

Das römische Recht legt die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrag dem Käufer auf und es hat diese Bestimmung des römischen Rechts schon frühzeitig auch in deutschen Rechtsaufzeichnungen und Gesetzen Eingang gefunden. Sie findet sich schon im Schwabenspiegel (229), im Brünner Schöffenbuch (286), in der Frankfurter Reformation (II., 2 §. 7), im Solmser Landrecht (X. S. 28), in der nassau-katzenelnbogenschen Landrechtsordnung, im churpfälzischen Landrecht (Tit. 8), im eiderstädter Landrecht (Tit. III. A. 24) und im ostfriesischen Landrecht (Buch II. Kap. 280); desgleichen stimmen mit dem römischen Recht überein der Codex Maxim. Bavar. civ. (Th. IV., Kap. 3 §. 11),

das württ. Landrecht von 1610 (Th. II. Tit. 9 §§. 24 bis 26), das sächsische B.G.B. (§§. 1091, 866—870, 1009—1013), und das züricher privatrechtliche G.B. (§§. 1437, 1438, 1006), sowie der code civil (Art. 1624, 1138, 1583, 1302, 711), dieser jedoch, indem er nicht bloß die Gefahr, sondern auch das Eigenthum der verkauften Sache vor erfolgter Tradition auf den Käufer übergehen läßt. Dem code civil sind das badische Landrecht, wie die Gesetzbücher der meisten romanischen Länder, so z. B. das italienische bürgerl. Gesetzbuch (Art. 1480, 1125, 1448, 1298) gefolgt, während das niederländische burgerlijk wetboek (Art. 1496) nur bezüglich der Gefahrvertheilung an den code sich angeschlossen hat, dagegen bezüglich des Eigenthumsübergangs zu dem Traditionsprinzip zurückgekehrt ist (Art. 639) und somit ganz auf römischem Boden steht. Auch das spanische Handelsgesetzbuch von 1824 (Art. 366) läßt[1] mit Perfektion des Kaufvertrages den Käufer die Gefahr tragen.[2])

---

[1] Hofmann, über das Periculum beim Kauf. Wien 1870. S. 82.

[2] Betreffend das englische Recht, so läßt dieses (nach Goldschmidt, Zeitschr. Bd. VIII. S. 294 f.) nicht blos die Gefahr, sondern auch das Eigenthum gekaufter Waare mit Schließung des Vertrages auf den Käufer übergehen, sofern nur die Waare individuell bestimmt ist und der Verkäufer mit derselben zum Zweck der Lieferung nichts mehr vorzunehmen hat; anderńfalls geht Gefahr und Eigenthum erst mit der Individualisirung durch Lieferung über, und an Gütern, welche zur See versendet werden, erst mit der Ueberlieferung des Konnossements an die in derselben genannte Person. Indessen genügt selbst nach common law der formlose Kaufabschluß zu dessen Perfektion nur bei Kreditkäufen, während Käufe gegen Baarzahlung nur dann, wenn die Waare oder ein Theil davon oder der Kaufpreis oder ein Theil desselben oder ein Handgeld geleistet sind, als perfekt gelten, und nach dem noch strengeren statute of frauds bei einem Kaufpreise von 10 L. und darüber die Gültigkeit des Vertrages allgemein durch Annahme und Empfangnahme der Waare oder eines Theiles derselben, oder durch Theilzahlung oder Handgeldzahlung oder durch Errichtung einer von beiden Theilen gezeichneten Urkunde be-

Auf dem entgegengesetzten Standpunkte stand, wie vielfach, übrigens nicht ohne Widerspruch angenommen wird,[3] das ältere deutsche Recht, indem sich in einzelnen deutschen Rechtsaufzeichnungen der Satz ausgesprochen findet, daß der Verkäufer bis zur Tradition die Gefahr zu tragen habe. Dieses Prinzip findet sich insbesondere ausgesprochen im lübischen Recht[4], im Wiener Stadtrecht bei Mobilien[5], im Prager Stadtrecht[6], welches Eigenthum und Gefahr von Immobilien erst mit der Auflassung auf den Käufer übergehen läßt, im dithmarschen Landrecht, im husumer Stadtrecht, im friedstädter Landrecht für unbewegliche Sachen, im livländischen Landrecht, im Rigaer Stadtrecht, auch soll in den meisten Orten Schleswigs das germanische Prinzip gegolten haben. Eine eigenthümliche Erscheinung bietet

---

dingt ist, so daß hiernach in sehr vielen Fällen weder Eigenthum noch Gefahr vor der Uebergabe des Kaufobjekts auf den Käufer übergehen kann.

[3] Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrechtes S. 277 ff.; vgl. auch Hofmann a. a. O. S. 29 ff.

[4] „So wor einer etwas vorköfft unde dem gude schaden tho queme, den schaden schal wheren dejenne, do dat gudt vorkofft hefft".

[5] „Chaufft ain man ain Kaufschacz ..... und gicht, er well den kauf nemen in acht tagen oder welhen tag er benennet ..... und kumpt in denselben czeiten ain feuer aus, also das der kaufschacz verprünnet, ... den schaden mues der hingeber haben".

[6] „Welch man ain hous wider ainen andern chouft, und das es verprint, e der zit, ee den her ims aufgibt vor den wier penchen, er geb im darumb gelt oder nicht, so ist es dem verprunnen, ders verchouft hat, es sei dan, das her's mit genanten worten ausgenumen habe". Uebereinstimmend ein Urtheil „Magdeburger Fragen": „Nach dem mal, das der mann, der verkauffer des hauses, verkauffet hat, das da verbrant ist, dem kauffer nicht auffgereicht ist in gehegtem Dinge, so sol er den schaden haben, und nicht der Kauffer ..... "

das Hamburger Stadtrecht [7], welches für Mobilien das römische Prinzip hat, während es bei Immobilien Auflassung und Besitzübergang, jeden Akt für sich, für den Gefahrübergang entscheiden läßt und insoweit daher das germanische Prinzip beibehalten hat. Auf eben diesem letzteren Prinzip beruhen, wenn auch nicht in Erkenntniß seiner Wurzel im deutschen Rechte, die betreffenden Bestimmungen des preußischen Landrechts (I, 11 §§. 95, 100; I., 5 §§. 364 ff.; vgl. übriges I., 11 §§. 117—120, 178, 179, 342), an welchen auch der Entwurf von 1831 (Revision des Landrechts) festhält (Motive zu I., 11 S. 30, 31, 36), sowie die Bestimmungen des österreichischen B.G.B. (§§. 1064, 1048—1051), und des Civilgesetzbuches für Bern von 1824 (S. 808, 1024); desgleichen des hessischen Entwurfes, dieser übrigens in bewußtem Anschluß an das ältere deutsche Recht (II., Art. 19, 20; I., Art. 144, 360—362; Motive S. 9—12) des bayerischen Entwurfes (Art. 282, 119, 120; Motive S. 90 f.), und des dresdener Entwurfes (Art. 1129, 388—390, 393, 94, Prot. S. 598—611, 862, 863, 4054—4060). — Dabei ist noch zu erwähnen von Interesse, daß auch die Mehrzahl der neueren Gesetze über die Gewähr der Mängel beim Viehhandel den Tag der Uebergabe als den für die Haftung des Verkäufers entscheidenden Zeitpunkt festsetzen, somit die Tragung der Gefahr für die in der Zwischenzeit entstehenden Mängel dem Verkäufer zuweisen. So das schweizer Konkordat vom 22. April 1853 (§. 2),

---

[7] Thl. II. Tit. 8 Art. 13: „Sobaldt der kauff in allen seinen Punkten, über fahrende Haab, vollenzogen: So ist insgemein der schade und vortheil, so dem gute begegnet oder zuwechst, des Kauffers, wenn schon die Wahren, in des Verkauffers packraum und Verwahrung verblieben. In liegenden Gütern aber kann kein schade oder vortheil dem Kauffer zugerechnet werden, es sey ihm dann zuvorderst vor sitzendem Rath verlassen, oder er habe sich der possession unterfangen oder auch einen anderen abscheidt mit dem Verkauffer genommen".

das badische Gesetz vom 23. April 1859 (Art. 2), das Württembergische Gesetz vom 26. Dezember 1861 (Art. 2), das preußische Gesetz für Hohenzollern vom 5. Juni 1863 (Art. 2), das Gesetz für Hessen-Homburg vom 15. März 1864, das Frankfurter Gesetz vom 29. Dezember 1864 (Art. 2) und das Kurfürstl. Hessische Gesetz vom 23. Oktober 1865 (§. 2). Nur das Großherzogl. Hessische Gesetz vom 7. August 1858 (Art. 1, 7, 9), dieses übrigens nach den Motiven nur mit Rücksicht auf das in Hessen bestehende Recht, und das Bayerische Gesetz vom 26. März 1859 (Art. 2), wohl aus demselben Grunde, bezeichnen, ersteres die Perfektion des Veräußerungsvertrages, letzteres den Vertragsabschluß als entscheidenden Zeitpunkt und stehen somit auf römisch rechtlichem Boden. Das deutsche Handelsgesetzbuch hat sich für keines der beiden Prinzipien entschieden, überhaupt kein allgemeines Prinzip ausgesprochen (A. M. Hahn) und nur die Transportgefahr bei dem sog. Distanzkauf geregelt, bei welchem dasselbe den Gefahrübergang auf den Käufer zwar nicht mit dem Kaufabschluß, aber doch vor der Tradition eintreten läßt und zu Gunsten des römischen Prinzips abweichende Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes vorbehält (Art. 345), während in allen übrigen Beziehungen das in den einzelnen Ländern bestehende bürgerliche Recht ergänzend eintritt.

In der Hauptsache stehen sich somit nur das römisch-rechtliche und das deutsch-rechtliche Prinzip gegenüber und wird es sich bei der künftigen Regelung der Frage in dem deutschen Civilgesetzbuche nur darum handeln, welches von diesen zwei Prinzipien angenommen werden soll; man wird entweder dem Käufer oder dem Verkäufer die Tragung der Gefahr auferlegen müssen. In neuester Zeit ist übrigens de lege ferenda der vermittelnde Vorschlag gemacht worden, die Gefahr zwischen Beiden zu theilen.

A. Der Satz des römischen Rechtes, wonach die Gefahr der verkauften Sache „perfecta emtione“, „quum

emtio et venditio contracta sit", „tametsi res (vendita) tradita non sit", sofort auf den Käufer übergeht, widerstrebt mehr oder weniger dem Rechtsgefühle, welchem die Anschauung näher liegt, daß, was nicht geliefert wird, auch nicht gezahlt zu werden braucht, wie denn auch demgemäß bei der Sachenmiethe die Gefahrvertheilung im römischen Rechte geregelt ist. Die Erklärung und Begründung der römischen Gefahrvertheilung beim Kaufe hat daher auch den älteren wie den neueren Juristen viel zu schaffen gemacht, ja selbst an Zweifeln, ob der Satz in Frage wirklich gelte, und an Versuchen, ihn zu beseitigen, hat es nicht gefehlt.[8] Noch heute herrscht, wenn man auch über die Unhaltbarkeit einzelner von der älteren Theorie aufgestellten Gründe einig geworden ist, über den wirklichen Grund des römischen Satzes die größte Meinungsverschiedenheit und aller juristische Scharfsinn hat ein befriedigendes Ergebniß in dieser Beziehung nicht zu erzielen vermocht. Während die Einen den Grund des römischen Satzes in allgemeinen Rechtsgrundsätzen suchen, betrachten Andere den Satz als eine singuläre, aus Billigkeits- und Nützlichkeitsrücksichten zu erklärende Vorschrift, und wieder Andere erblicken in demselben nur eine aus entschwundenen Rechtszuständen herüberragende, des Abbruches harrende Ruine.

Die Meinung der älteren Theorie, welche die Gefahrvertheilung auf die als Prinzipien aufgestellten Sätze, „casum sentit dominus", und „species debita casu perit ei, cui debetur", zurückführen zu können glaubte, ist seit Wächter's schlagender Kritik abgethan und fast allgemein verlassen.

---

[8] Vgl. insbesondere die Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten bei Hofmann a. a. O. §§. 3—8 S. 5 ff. und Regelsberger in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. XIII. S. 91—104; desgl. Protokolle der Dresdener Kommission S. 603 ff. Weiter auch den erst nach Niederschrift dieser Bemerkungen erschienenen Aufsatz von Gelke in dem civ. Archiv Bd. LIX. N. F. Bd. IX. S. 372 ff.

Die sog. Impossibilitätstheorie, welche Wächter zuerst näher entwickelt hat, findet das leitende Prinzip in den Sätzen ausgesprochen: „Impossibilium nulla obligatio“ und „casus a nullo praestantur“. Die zufällige Unmöglichkeit der Erfüllung, wird gesagt, treffe nur die Leistungspflicht des Verkäufers und bewirke daher nur dessen Befreiung, während sie auf die Verpflichtung des Käufers, welche auf Geld gehe, und daher immer möglich bleibe, keinen Einfluß habe. Wollte man daher auch den Käufer von seiner Verbindlichkeit lossprechen, so hieße dies, dem Verkäufer die Haftung für den Zufall aufbürden, was eine Verletzung des Prinzips wäre, daß für den zufälligen Schaden Niemand ersatzpflichtig sei. Man hat dem entgegengehalten, daß die angeführten Sätze zwar erklären, warum der Verkäufer durch den Zufall frei werde und zur Interesseleistung nicht verpflichtet sei, nicht aber die hauptsächlich bestrittene Frage, warum die Verbindlichkeit des Käufers zur Gegenleistung bestehen bleibe. Sieht man aber auch davon ab, so wird man doch dem weiteren Einwande beipflichten müssen, daß es der Natur des Kaufs als eines entgeltlichen Geschäftes widerspreche, das Schicksal der gegenseitigen Verbindlichkeiten von einander zu trennen und das durch die kasuelle Unmöglichkeit der Leistung bewirkte Erlöschen der Verbindlichkeit des Verkäufers für einflußlos auf die Verbindlichkeit des Käufers zu erklären, während der Kaufpreis doch nur gegen die Leistung der Kaufsache versprochen wird und Leistung und Gegenleistung naturgemäß als Korrelate erscheinen. Es trifft dieser Einwand noch mehr Diejenigen, welche, im Gegensatz zu der herrschenden Ansicht von der Einheit des obligatorischen Verhältnisses, mit der Perfektion des Vertrages zwei selbständige in ihren Schicksalen einander nicht beeinflussende Obligationen entstehen lassen (Reatz, Dernburg, Hosens).

Die Theorie der fingirten Erfüllung nimmt an, es werde vermöge einer Fiktion vom Rechte so angesehen,

als habe der Verkäufer erfüllt, obwohl er nicht erfüllt habe (Koch, Fuchs, Mommsen, Beiträge I., Ude). Allein damit ist der zu begründende Satz nur in eine andere Form gebracht, denn die Fiktion kann nicht der letzte bewegende Grund sein, auch hier bleibt das Warum der Fiktion erst noch zu beantworten. Ude (ebenso Stahl) beruft sich darauf, daß der Käufer auch das commodum zu genießen habe; allein in den Quellen wird umgekehrt die Zuweisung des commodum damit begründet, daß von dem Käufer das periculum getragen werde (l. 10 D. de R. J. 50, 17; §. 3 J. de emt. et vend. 3, 24; l. 7 D. de peric. et comm. 18, 6), wenngleich auch dies keine allgemein gültige Regel ist. Mommsen, der seine Ansicht übrigens später gewechselt hat (Beiträge III. u. Erört.), suchte seine ursprüngliche Ansicht dahin zu begründen: während beim imperfekten Kauf die Natur des Geschäfts, bei der Sachenmiethe die Natur der Leistung der sofortigen Erfüllung entgegenstehe, liege beim perfekten Kauf in keinem von Beiden ein Grund, weshalb die Obligation nicht sofort erfüllt werden könne, vielmehr werde durch eine sofortige Erfüllung beidem entsprochen; so sei man dahin gelangt, wenn im einzelnen Falle die Erfüllung nicht sogleich erfolgt sei, dies als etwas Zufälliges zu betrachten, was auf die rechtliche Beurtheilung keinen Einfluß haben solle, und deshalb in Ansehung des periculum und commodum dieselben Folgen eintreten zu lassen, wie wenn die Obligation sogleich erfüllt worden wäre. Allein wenn auch beim perfekten Kauf nicht schon die Natur der Leistung oder die Natur des Geschäfts der sofortigen Erfüllung entgegensteht, so kommt diesfalls doch Alles in erster Linie auf den Willen der Vertragschließenden an, und es bleibt unerklärt, warum denn bei einem rechtmäßigen, im Willen der Vertragschließenden begründeten Leistungsaufschub dasselbe gelten solle, wie bei der sofortigen Erfüllung.

Die Ansicht von Mommsen hat auch Lang (in seiner Kritik des bayerischen Entw.) adoptirt, nur unter Zurück-

weisung der Annahme einer Fiktion. Desgleichen beruft sich Vangerow, welcher übrigens die Annahme einer Fiktion der Erfüllung gleichfalls verwirft, wie später auch Mommsen schon (Beiträge III.) davon abgekommen ist, auf die durch die Natur des Kaufvertrages begründete Regel sofortiger Erfüllung; würden dieser Regel gemäß die beiden Obligationen sogleich nach ihrer Entstehung zur Erfüllung gekommen sein, so hätte der nachher durch Zufall die Sache treffende Schaden nur den Empfänger treffen können und dasselbe solle auch bei einem rechtmäßigen Aufschub der Leistung Rechtens bleiben. Derselbe Gedanke liegt der Ansicht von Puchta zu Grunde; wenn Leistung und Gegenleistung sofort bei der Perfektion des Vertrages erfolgt wären, so hätte bei einem die Kaufsache nachher betreffenden Unfall der Käufer Sache und Preis verloren, durch den zufälligen Aufschub der Vollziehung könne das Resultat rechtlich nicht geändert werden, es gelte dies wie von dem commodum natürlich auch von dem periculum. Auch bei Keller findet sich ein ähnlicher, nur anders verwertheter Gedanke (siehe unten), wenn derselbe bemerkt, daß man das Zusammenfallen von Kaufabschluß und Uebergabe der Kaufsache insofern als den Normalfall ansehen könne, als der Zeitraum, der häufig zwischen Kaufabschluß und Uebergabe verstreiche, doch gewöhnlich eher einem Zufall oder anderweitiger Konvenienz eines oder beider Kontrahenten, als der bestimmten Absicht zuzuschreiben sei, daß während dieser Zeit der Verkäufer noch Nutzen oder Schaden von der verkauften Sache zu gewärtigen haben solle.

Angrenzend hieran ist die Theorie von Jhering. Auch dieser geht davon aus, daß die ursprünglich natürliche Form des Kaufkontraktes darin liege, daß Abschluß und Erfüllung zusammenfallen; fallen beide Momente auseinander, so habe Derjenige den Schaden zu tragen, der den Aufschub verschuldet, also bei der Mora der morose Theil, bei generisch bestimmten Sachen, die der Verkäufer erst

auszuscheiden habe, der Verkäufer, außerdem Derjenige, in dessen Interesse der Aufschub der Leistung erfolgt sei. Um nun Streitigkeiten darüber abzuschneiden, welche von beiden Parteien im einzelnen Falle das Hinderniß der Erfüllung abgegeben, habe das römische Recht die für die Mehrzahl der Fälle zutreffende Regel aufgestellt, daß an dem Aufschub der sofortigen beiderseitigen Erfüllung der Käufer Schuld gewesen, und sei hierdurch dazu gelangt, daß der Käufer die Gefahr zu tragen habe, als derjenige, der dem casus den Zugang zu dem Kontrakte geöffnet. Dieser Begründung steht entgegen, daß die Unterstellung der regelmäßigen Verschuldung des Käufers an dem Leistungsaufschub durch die Erfahrung nicht gerechtfertigt ist, die Annahme solcher Verschuldung daher eine willkürliche Fiktion wäre, und ebendaher nicht anzunehmen ist, daß hierauf unser Rechtssatz gebaut worden.

Besonderen Anklang hat neuerdings die Entäußerungs- oder Zugehörungstheorie gefunden, welche den Grund für die Gefahrüberweisung an den Käufer in der Natur des Kaufvertrages als eines Entäußerungsgeschäftes findet (Kuntze, Windscheid, Mommsen Erört., Scheurl, Keller, Goose, Stintzing), wobei der den Anhängern dieser Theorie gemeinsame Grundgedanke in der Annahme gipfelt, es werde im Verhältniß unter den Kontrahenten schon durch den Abschluß, durch die Vollendung des Kaufvertrages bewirkt, daß die verkaufte Sache, wie die Einen annehmen, zum Vermögen des Käufers gehöre, oder, wie Andere vorsichtiger sich ausdrücken, es doch so anzusehen sei, als ob jenes der Fall wäre, weshalb die Bedeutung der Uebergabe im Verhältniß unter den Kontrahenten zurücktrete und für die Vertheilung der Gefahr nicht maßgebend sein könne. So sagt Mommsen (Erört.), die Römer haben es nach perfektem Kaufkontrakt so angesehen, als ob die Sache dem Käufer gewissermaßen schon geleistet sei, als ob sie ihm schon gehöre, und daß die Sache in Wirklichkeit erst später in das Eigenthum des

Käufers komme, werde, von einer mora des Verkäufers abgesehen, als etwas ganz zufälliges betrachtet, das dem Käufer weder zu Gute kommen, noch zum Schaden gereichen soll. Keller meint, daß nach dem durchschnittlichen Bewußtsein der Menschen im Verkehre die Sache von dem Augenblick des Kaufabschlusses an als dem Verkäufer wesentlich entfremdet erscheine; man denke viel weniger an das noch fortdauernde Eigenthum des Verkäufers, als an das nächstbevorstehende Eigenthum des Käufers, mit dessen Vermögen und Interesse die Sache nun schon wegen seines festen, wenngleich blos persönlichen Anspruchs darauf aufs Engste verflochten erscheine. Windscheid nimmt an, daß die Willenserklärung des Verkäufers die Natur einer Entäußerungserklärung habe, d. h. einer Erklärung, daß man sich einer Sache entäußere, im Gegensatz zu dem Versprechen, daß man sich ihrer entäußern wolle. Die Erklärung des Verkäufers bedeute, daß die Sache weggegeben sein solle (res venum datur), daß der Käufer sie haben solle, es werde nicht die Verpflichtung, sie wegzugeben, übernommen, vielmehr entstehe diese für den Verkäufer erst dadurch, daß der thathsächliche Zustand seiner Erklärung nicht entspreche. In Folge dessen werde die verkaufte Sache schon vor deren Uebergabe im Verhältniß zwischen Käufer und Verkäufer so behandelt, als sei sie bereits aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen. Unleugbar hat diese Begründung vermöge ihrer juristischen Feinheit und Schärfe etwas Bestechendes; ob sie aber, von anderen Bedenken vorerst abgesehen, dem Wesen des heutigen Kaufvertrages entspricht und ob der Verkäufer nicht doch wirklich schon durch den Vertrag die Verbindlichkeit zur Uebergabe der verkauften Sache an den Käufer übernimmt? Früher hatte Windscheid sich anders dahin ausgedrückt, daß der Abschluß des Vertrages die Erfüllung sei und mit der Perfektion des Kaufes der Käufer die Sache bereits in seinem Vermögen habe, hatte übrigens beigefügt, so sehe

wenigstens das Leben die Sache an. Die Ansicht von Kuntze stimmt mit dieser früheren Ansicht Windscheids überein. Nach ihm bedeutet perfecta est emtio den Uebergang des Kaufgegenstandes in das Vermögen des Käufers; zwar finde dieser Uebergang nicht formell statt, wohl aber materiell, die Sache gehöre schon jetzt dem Käufer, ähnlich wie die dos der Frau während der Ehe, und der Verkäufer habe sie bis zur wirklichen Uebergabe gewissermaßen nur als detentor des Käufers. Seine Hauptverbindlichkeit zur Uebertragung der Sache in das Vermögen des Käufers habe der Verkäufer daher perfecta emtione erfüllt, — so daß also die Verbindlichkeit des Verkäufers durch die Schließung des Vertrages wie begründet, so auch zugleich erfüllt wäre — und daß die Römer trotzdem an den Vertragsschluß nicht den sofortigen Eigenthumsübergang geknüpft, liege theils in den eigenthümlichen Verhältnissen des römischen Sachenrechts, theils in der Zweckmäßigkeitsrücksicht, dem Verkäufer ein Mittel zur Erzwingung seiner Befriedigung zu wahren. An den Kuntze'schen Gedanken schließt sich Stintzing an; haec res est mihi emta habe bei den Römern nicht die Bedeutung gehabt, ich habe die Sache zu fordern, sondern das Nehmen (emere) der Sache ist vollzogen, sie ist mir erworben. Der kaufrechtliche Erwerb der Sache trete daher mit dem Moment der Perfektion des Kaufes ein, die Sache „gehöre" von da an dem Käufer, und zwar sei diese rechtliche Beziehung des Käufers zur Sache mehr als eine obligatorische Berechtigung und weniger als der durch die Tradition vermittelte dingliche Erwerb und entspreche demnach keiner ausgebildeten Rechtsform, bestehe aber und sei praktisch verwerthet, entspreche auch der Vorstellung des täglichen Lebens. Das von dem Verkäufer dem Käufer zu gewährende Haben der Sache beginne in gewissem Sinne nicht erst mit der Tradition, sondern schon mit der Perfektion des Kaufs, von wo an der Verkäufer die Kaufsache als eine fremde zu behandeln und wie eine solche zu bewahren habe. Durch

die Tradition werde an der rechtlichen Lage der Sache wenig geändert, da auch nach derselben die Sache dem Käufer nicht mehr gehöre, als sie ihm schon vorher gehört habe, wenn nicht das weitere Moment der Befriedigung des Verkäufers hinzukomme. Goose sagt geradezu, der Käufer habe die Gefahr der verkauften Sache zu tragen, weil sie mit der Perfektion des Kaufvertrags zwar nicht in sein Eigenthum, aber in sein Vermögen übergegangen sei, wozu es genüge, daß der Wille beider Theile übereinstimmend auf diesen Erfolg gerichtet, der Gegenstand in seiner Besonderheit bezeichnet und zum Vermögen des Verkäufers gehörig sei. Die Tradition vergrößere das materielle Recht des Käufers nicht mehr, sie sichere es nur Dritten gegenüber. Die im Verhältniß zu diesem Dritten allein entscheidende formale Herrschaft habe allerdings vor der Tradition noch der Verkäufer, die materielle unter den Vertragschließenden maßgebende aber der Käufer.

Auch dieser Theorie dürften, selbst abgesehen von ihrer Uebertreibung durch Einzelne und ungeachtet des bedeutenden Namens unter ihren Anhängern, überwiegende Bedenken entgegenstehen.[9] Die Ausdrücke vendere und emere mit ihrer Bedeutung von Geben und Nehmen mögen aus jener Zeit stammen, wo der Kauf der reelle gleichzeitige Umtausch von Waare und Geld war, wo derselbe nur als beiderseits vollzogenes Rechtsgeschäft rechtliche Wirkung äußerte, und lassen einen Schluß auf die rechtliche Anschauung einer späteren Zeit und die Wirkung des Kaufgeschäfts in seiner heutigen Gestalt doch wohl kaum zu. Und wenn man im Leben der Auffassung, daß eine gekaufte, auch noch nicht tradirte Sache dem Käufer „gehöre" da und dort begegnen mag (Hofmann nennt dies „Laienvorstellung"), so geht doch sicher damit die in dem Rechtsgefühl begründete Anschauung Hand in Hand, daß der Käufer die ihm ge-

---

[9] Vgl. auch **Regelsberger** a. a. O. S. 100—103, **Hofmann** a. a. O. S. 15—17.

hörige Sache auch bekommen müsse, wenn er zu ihrer Bezahlung gehalten sein solle. Es mag ferner sein, daß auch bei den Römern jene von Hofmann so betitelte Laienvorstellung bestand und die verkaufte Sache in gewisser Weise wie schon dem Käufer gehörig, „ac si tradita fuisset“, betrachtet wurde, und daß eine derartige Vorstellung, die möglicher Weise mit der früheren Gestaltung des Kaufes als Realkontrakt im Zusammenhang stehen könnte, auch die Behandlung der Gefahrfrage im römischen Recht beeinflußt hat. Zur historischen Erklärung der Entstehung des römischen Rechtssatzes mag daher die gedachte Vorstellung immerhin dienen, die Existenz eines im römischen Rechte anerkannten rechtlichen Mittelbegriffes der kaufrechtlichen Zugehörigkeit dürfte aber daraus sich wohl nicht ableiten lassen und am wenigsten möchte sich de lege ferenda die Anerkennung eines solchen doch immerhin zwitterhaften und der Klarheit des Rechtes nicht eben förderlichen Begriffes empfehlen. Der Satz wäre, daß schon durch den bloßen Abschluß bezw. die Vollendung des Kaufvertrages, vermöge des darin ausgesprochenen Entäußerungswillens, die Kaufsache in das Vermögen des Käufers übergehe, oder daß es doch rechtlich so angesehen werde, wie wenn dies der Fall wäre. Diese Wirkung soll aber keine dingliche sein, sie soll nur unter den Kontrahenten eintreten, sie soll aber auch nicht oder nicht blos in einem obligatorischen Anspruche bestehen, sie soll mehr oder etwas Anderes sein.[10] Sehen wir uns aber nach diesem Mehr, nach diesem Anderen um, so tritt uns als solches die Ueberwälzung des periculum und des ihm folgenden commodum entgegen, und es stellt sich damit der Uebergang der Gefahr als der ganze Inhalt der be-

[10] Eine ähnliche Theorie eines nur unter den Kontrahenten wirkenden Eigenthums haben die Bestimmungen des code civil bezüglich des Eigenthumserwerbes par l'effet des obligations in Absicht auf bewegliche Sachen hervorgerufen. Vgl. Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 311 Note 66.

sonderen Wirkung des Entäußerungswillens dar. Ob aber diese Wirkung, ob, mit anderen Worten, der Umstand, daß der Käufer perfecta emtione das periculum trägt, zur Annahme eines besonderen Mittelbegriffes des kaufrechtlichen Erwerbes und der kaufrechtlichen Zugehörigkeit berechtigt? Und wenn man sagt, es ist keine Zugehörigkeit, es wird vom Rechte nur so angesehen, ist dies nicht wieder eine Art Fiktion, die lediglich zur Erklärung des Gefahrübergangs geschaffen ist? Sofern aber die Herbeiführung dieser Wirkung auf den in dem Kaufvertrage enthaltenen Entäußerungswillen zurückgeführt wird, so drängt sich der Zweifel auf, ob denn bei dem Kaufvertrag nach heutigem römischen Rechte der Wille der Kontrahenten wirklich auf „Entäußerung" gerichtet sei, ob im Begriffe des heutigen Kaufvertrages eine Entäußerung in dem Sinne liege, daß schon vermöge des Vertrages die Sache „wie gegeben und genommen" betrachtet werden solle, wovon doch nur in sehr uneigentlichem, der Wortbedeutung nicht entsprechendem Sinne die Rede sein könnte, und ob nicht vielmehr, wie schon oben bemerkt, die Uebernahme der Verbindlichkeit zur Uebergabe der Kaufsache im Begriff des Kaufvertrages enthalten sei? Letzteres ist die herrschende Ansicht, und dasselbe wird von den neueren Gesetzgebungen und Entwürfen ausnahmelos angenommen (Preußen I. 11 §. 1; Oesterreich §§. 1053, 1061 vgl. mit §. 1047; code civil. Art. 1582; Italien S. 1447; Zürich §. 1583; Sachsen §. 1082; Hessen Entw. II. Art. 1; Bayern Entw. II. §. 264; Dresden Entw. Art. 422). Eine Entäußerungserklärung, eine Erklärung, daß die Sache weggegeben sein solle, ist im dinglichen Vertrage an ihrem Orte und kann hier ihre volle rechtliche Wirkung äußern; ein Entäußerungsvertrag, der zwischen dinglichem und obligatorischem Vertrag in der Mitte stände, scheint weder dem geltenden Recht zu entsprechen, noch dürfte er sich de lege ferenda empfehlen.

Verwandt mit der Zugehörungstheorie ist die Ansicht

von Goldschmidt, welcher die in der römischen Gefahrvertheilung liegende Begünstigung des Verkäufers durch die Natur des Kaufgeschäfts gerechtfertigt erachtet. Der Verkäufer, wenn er gleich bis zur Tradition noch Eigenthümer sei und darum seine weiteren Verfügungen über die verkaufte Sache zu Recht bestehen, handle doch durch solche Verfügungen seiner Verpflichtung entgegen und mache sich dem Käufer verantwortlich. Verlange es somit die bona fides des Geschäfts, daß der Verkäufer die verkaufte Sache wie eine fremde, bereits dem Käufer gehörige behandle, so entspreche dem, gerade vermöge der Gegenseitigkeit des Verhältnisses, daß auch der Käufer die Sache wie eine eigene gelten lassen müsse, daß also ihn und nicht den Verkäufer der Zufall treffe. In der hiemit dem Gedanken gegebenen Einkleidung ist derselbe immerhin anscheinend. Allein nimmt man die Verhüllung weg, so besagt der Satz, daß der Verkäufer die verkaufte Sache wie eine bereits dem Käufer gehörige zu behandeln habe, nach der ganzen Begründung doch nur, daß der Verkäufer durch seine Vertragspflicht gehindert sei, anderweitig über die Kaufsache zu verfügen. Inwiefern aber daraus, daß der Verkäufer nichts thun darf, was seiner Vertragspflicht zuwider wäre, nach den Grundsätzen der juristischen Logik folgen solle, daß dem Verkäufer, wenn ihm durch Zufall die Erfüllung unmöglich geworden, der Anspruch auf die Gegenleistung bleiben müsse — und das ist der ausgeschälte Kern des zweiten Satzes, daß der Käufer die Sache wie eine eigene gelten lassen müsse —, wäre denn doch wohl erst nachzuweisen und ist nichts weniger als selbstverständlich. Daß der Gedanke auch ökonomisch nicht so unzweifelhaft richtig ist, wie dies dessen Autor annimmt, wird aus dem unten (lit. E.) zu Sagenden erhellen.

Andere (so Wächter, Ihering, Regelsberger) haben zu Gunsten des römischen Satzes zwar auch darauf sich berufen, daß der Verkäufer mit Schließung des Vertrages in der Disposition über die Sache beschränkt sei,

sie haben aber daraus nur gefolgert, daß jene Beschränkung zu Gunsten des Käufers den Verkäufer mehr oder weniger wehrlos gegen den Zufall mache und die Billigkeit daher dafür spreche, dem Käufer die Gefahr tragen zu lassen. Von anderer Seite ist hierfür auch darauf hingewiesen worden, daß der Verkäufer, der trotz des fortdauernden Besitzes über die Sache nicht mehr verfügen dürfe, hierdurch gehindert sei, durch einen anderweitigen besseren Verkauf einen Gewinn zu machen, während zudem auch die commoda rei nicht ihm, sondern dem Käufer zufallen (Stahl). Man kann zugeben, daß de lege ferenda derartige und andere Billigkeitsgründe mehr oder weniger in Erwägung zu ziehen sind; wenn man aber einmal auf diesen Boden sich begiebt, so darf man nicht einseitig nur das für den Käufer Sprechende ins Auge fassen, worauf unten zurückzukommen ist. Man wird mit Wächter sagen müssen, daß es reine Willkür sein würde, wenn man gegen den Einen auf Kosten des Andern mitleidig sein wollte; ebendeshalb aber wird man dem angeführten Billigkeitsgrunde eine durchschlagende Bedeutung nicht einräumen können. Jhering glaubt zwar schon in der durch den Kaufabschluß herbeigeführten Aufhebung des Dispositionsrechts des Verkäufers über die Sache eine lediglich dem Käufer zum Vortheil gereichende Einbuße des Verkäufers erblicken zu müssen, wofür ihm eine Entschädigung durch Uebernahme der Gefahr seitens des Käufers werden müsse, wobei er dieser Auffassung gemäß dazu gelangt, der Kaufschillingsforderung des Verkäufers nach Uebertragung der Sache den Charakter einer Ersatzforderung zu vindiziren. Allein die Aufhebung des Dispositionsrechts des Verkäufers ist doch nur eine Folge davon, daß er im eigenen Interesse die Sache verkauft hat, also eine Einbuße, die er um seines eigenen Vortheils willen auf sich genommen hat, er hat sich die Hände gebunden, um einen Vortheil zu erreichen, und da kann denn doch nicht so ohne Weiteres davon die Rede sein, daß die Billigkeit eine Entschädigung des Ver-

käufers hierfür erheische. Ueberhaupt aber muß man, wenn mit der Billigkeit operirt wird, stets sich vergegenwärtigen, daß man es mit einem zweischneidigen Schwerte zu thun hat, das gar leicht, indem man die eine Schneide von dem Einen abkehrt, mit der Gegenseite den Andern verletzt. Aeltere Schriftsteller (Zirkler, Glück) haben den römischen Satz unter Beziehung auf die dem Verkäufer obliegende custodia aus einer römischen Billigkeitserwägung zu erklären gesucht und auch Stintzing meint, es würde die größte Unbilligkeit und Härte enthalten, wenn der Verkäufer gerade in dem Zeitraume, während dessen er die Sache wie eine fremde mit äußerster Sorgfalt bewahren müsse, auch noch die zufälligen Nachtheile tragen müßte. Allein dem Verkäufer liegt die custodia vermöge seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit zur Uebergabe der Sache ob, in Folge deren er sich nicht in die Lage bringen darf, solcher nicht nachkommen zu können, und seine Haftung für geringe Fahrlässigkeit ist die Folge davon, daß der Vertrag auch in seinem Interesse abgeschlossen ist. Ist aber die custodia eine Folge der Vertragspflicht des Verkäufers, so wird dieselbe nicht wohl den enscheidenden und zwingenden Grund für die Ueberwälzung der Gefahr auf den Käufer bilden können.

Eine eigenthümliche Ansicht hat Madai aufgestellt, welcher in der sog. perpetuatio obligationis das Prinzip gefunden zu haben glaubt, aus welchem die römische Gefahrvertheilung folge. Denn Tragung der Gefahr heiße die Fortdauer der Verbindlichkeit trotz zufälligen Untergangs der Sache, und derjenige trage daher stets die Gefahr, dessen obligatio perpetua sei. Abgesehen von dem offenbaren Zirkel, in welchem sich dieser Erklärungsversuch bewegt, paßt er aber gar nicht auf die Gefahr des Käufers, da ja nicht der Gegenstand seiner, sondern der Gegenstand der Verbindlichkeit des Verkäufers unmöglich geworden ist, der Begriff der perpetuatio obligationis daher auf die Verbindlichkeit des Käufers gar nicht zutrifft.

Auch Lang spricht, freilich in anderer Weise, von der obligatio perpetua des Käufers. Er meint, Verkäufer und Käufer unterscheiden sich wesentlich dadurch, daß jener regelmäßig debitor speciei, dieser debitor generis sei. Bei dem Käufer könne daher eine Unmöglichkeit der Leistung nie eintreten, seine obligatio sei immer perpetua, während die obligatio des Verkäufers erlösche, sobald für ihn eine Unmöglichkeit der Leistung eintrete. Diese ungleiche Stellung der beiden Kontrahenten liege in der Natur der Obligation, sobald in ihr die species dem genus gegenüberstehe, und wollte man den Käufer von seiner Gegenleistung befreien, weil der Verkäufer nach der Natur seiner Leistung durch Unmöglichkeit frei geworden sei, so würde man den Käufer gegen die Natur des Verhältnisses begünstigen. Aber daraus, daß der Verkäufer „nach der Natur des Verhältnisses" von seiner Verbindlichkeit frei wird, folgt die Aufrechthaltung seines Anspruchs auf die Gegenleistung so wenig, als daraus, daß die Gegenleistung des Käufers nicht auch unmöglich werden kann, um was es sich ja gar nicht handelt. Es scheint dies eine Logik eigener Art.

Hofmann bezeichnet den römischen Grundsatz als einen singulären, der nicht nur dem germanischen, wie dem heutigen Rechtsbewußtsein widerspreche, sondern auch mit den allgemeinen Grundsätzen des klassischen römischen Rechts nicht im Einklang stehe, und sich aus allgemeinen Gesichtspunkten nicht hinreichend und nur historisch völlig erklären lasse. Er sei schon in den XII Tafeln gestanden und vermuthlich griechischen Ursprungs, ein Ueberrest uralter Rechtszustände, wovon der Ausspruch Julians gelte: „non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest".

B. Die Anwendung des römischen Grundsatzes auf die verschiedenen Fälle führt, neben anderen unten zu erwähnenden Rechtsverwickelungen und Beweisschwierigkeiten, insbesondere bezüglich der Feststellung des Zeitpunktes des

Uebergangs der Gefahr auf den Käufer, zu erheblichen Bedenken und Zweifeln und es bestehen diesfalls die größten Meinungsverschiedenheiten. Bezeichnet man als diesen Zeitpunkt die Vollendung, Perfektion, des Vertrages, so ist damit der Frage nur ein anderer Ausdruck gegeben. Es mag hier genügen, nur in Kurzem auf die Schwierigkeiten hinzuweisen, die sich im Gefolge des römischen Grundsatzes ergeben, und damit die Gestaltung der Sache bei Annahme des deutsch-rechtlichen Prinzips zu vergleichen.

Der einfachste Fall ist, wenn schon vermöge der Bestimmung bei Schließung des Kaufvertrages sowohl der Kaufgegenstand als solcher von allen übrigen Gegenständen der Art körperlich unterscheidbar gemacht ist, daß er sich sofort tradiren läßt — möge er nun in einer einzelnen Sache, oder in einer Quantität oder einem Inbegriff von Sachen, in an sich vertretbaren oder in unvertretbaren Sachen bestehen —, als auch der Kaufpreis bezüglich der Summe keiner weiteren Ermittelung bedarf und außerdem der Kaufvertrag sonst nicht bedingt ist, wenn mit anderen Worten, wie dies auch ausgedrückt wird, ein unbedingter Spezieskauf mit Einheitspreis vorliegt.)[11] Für diesen Fall herrscht Einverständniß, daß die Gefahr mit Schließung dies Vertrages sofort auf den Käufer übergehe, und es bedarf also nur einer Feststellung des Zeitpunktes der Vertragschließung, die jedoch unter Umständen (z. B. bei dem Vertrag unter Abwesenden) auch

---

[11] Dieser kurze Ausdruck ist übrigens nur dann entsprechend, wenn „Spezieskauf" in einer engeren Bedeutung genommen wird, da zum Begriff der species als Gegenstand einer Verpflichtung mehr nicht gehört, als daß die Bestimmung eine solche ist, welche eine Wahl des Gläubigers, wie des Schuldners ausschließt, und in diesem Sinne daher Gegenstand des Kaufes eine species auch dann ist, wenn die Spezialisirung erst durch ein der Vertragschließung nachfolgendes künftiges Ereigniß erfolgen soll, sofern dieses Ereigniß nur nicht in der Wahl eines der Vertragschließenden besteht.

ihre Schwierigkeiten haben kann, welchen man bei dem deutsch-rechtlichen Prinzip entgeht.

Auch bezüglich des Falles, wenn der Kaufvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen wird, herrscht kein Streit. Es ist anerkannt, daß während schwebender Bedingung der Verkäufer die Gefahr des Untergangs, der Käufer die Gefahr der Verschlechterung trage, wenn auch die Gründe hierfür in Folge der verschiedenen Ansichten über den Grund der römischen Gefahrvertheilung überhaupt von einander abweichen. Von einer Seite (Hofmann) wird bezüglich des periculum deteriorationis bemerkt, daß erst bei dem Eintritt oder dem Wegfall der Bedingung sich zeige, wen die während schwebender Bedingung eintretende Verschlechterung treffe, sofern bei Wegfall der Bedingung der Verkäufer, im Falle ihres Eintritts der Käufer den Schaden zu tragen habe. Es ist dies jedoch nur ein anderer Ausdruck derselben Ansicht; denn wenn gesagt wird, daß der Käufer während schwebender Bedingung die Gefahr der Verschlechterung trage, besagt auch dies nur, daß er bei nachherigem Eintritt der Bedingung die Sache in dem verschlechterten Zustande nehmen und doch die volle Gegenleistung prästiren müsse, während im Falle des Wegfalls der Bedingung der Vertrag wie nicht geschlossen zu betrachten ist. Auf dem Boden des deutsch-rechtlichen Prinzips erledigt sich die ganze Frage von selbst, wenn vor dem Eintritt der Bedingung nicht tradirt wird, was wohl als die Regel zu unterstellen ist. Nur wenn die Uebergabe der Kaufsache ausnahmsweise schon während schwebender Bedingung erfolgt, kommt der Einfluß der Bedingung in Frage.

Ist der Kauf unter einer auflösenden Bedingung geschlossen worden, so gehen zwar die Ansichten darin einig, daß nach dem römischen Prinzip während schwebender Bedingung der Käufer die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung zu tragen und bei Wegfall der Bedingung es auch hierbei sein Verbleiben habe. Tritt

aber die Bedingung ein, so soll nach der einen Ansicht die ganze Gefahr auf den Verkäufer übergehen, weil auch in dieser Beziehung derjenige Zustand wiederherzustellen sei, welcher vorhanden gewesen wäre, wenn der Kauf nie geschlossen worden wäre, während die andere Ansicht den Verkäufer nur die Gefahr der Verschlechterung tragen, die Gefahr des Untergangs dagegen auf dem Käufer lasten läßt, da ein Geschäft, dessen Objekt untergegangen, wegen später eingetretener Resolutivbedingung nicht mehr aufgelöst werden könne. Von einer Seite (Hofmann) wird die letztere Ansicht so ausgedrückt, daß, wenn die Sache während schwebender Bedingung zu Grunde gehe, der spätere Eintritt der Bedingung dem Käufer nichts helfe, während bezüglich der pendente conditione eingetretenen Verschlechterung erst durch Eintritt oder Wegfall der Bedingung sich entscheide, wen der Schaden treffe, nämlich bei Wegfall der Bedingung den Käufer, bei Eintritt der Bedingung den Verkäufer. Auf dem Standpunkte des deutsch-rechtlichen Prinzips wird die Frage nur dann vereinfacht, wenn zur Zeit des Wegfalls oder des Eintritts der Bedingung noch nicht tradirt ist; hat aber die Uebergabe bereits stattgefunden, so ist die Frage dieselbe, wie auf dem Boden des römisch-rechtlichen Prinzips; das eine Prinzip so wenig als das andere giebt eine Antwort darauf, welche vielmehr in der Lehre von den Bedingungen wird gesucht werden müssen.

Besonders bestritten ist vom Standpunkte des römischen Prinzips die neuerdings viel und eingehend behandelte Frage, von welchem Zeitpunkte an beim Genuskauf wenn eine generisch bestimmte Sache oder eine Quantität solcher Sachen verkauft worden ist, der Käufer die Gefahr zu tragen habe.[12] Die Streitfrage ist übrigens eine verhältnißmäßig neue, denn die älteren Juristen nahmen das

---

[12] Vgl. **Hofmann** a. a. O. S. 115 ff.; **Regelsberger** a. a. O. S. 109 ff.

admetiri der Quellen gleichbedeutend mit tradere, wie denn auch beide Akte bei den Römern regelmäßig zusammenfallen mochten, und es stand demzufolge außer Frage, daß von einem Uebergang der Gefahr auf den Käufer vor der Tradition keine Rede sein könne. Erst durch das Auseinanderhalten beider Akte war Raum für die Streitfrage eröffnet, welcher der Tradition vorhergehende Akt als der für den Gefahrübergang entscheidende anzusehen sei, und es stehen sich in dieser Beziehung verschiedene Meinungen gegenüber, die sich in zwei Hauptgruppen theilen lassen, deren eine in der „Ausscheidung" der species aus dem genus das den Uebergang der Gefahr bestimmende Moment erblickt, während die andere hierfür erst den Zeitpunkt der „Lieferung" oder Erfüllung als entscheidend betrachtet, wobei jedoch in jeder der beiden Gruppen wieder mannigfache und zum Theil erhebliche Meinungsverschiedenheiten bestehen. Nach der Ausscheidungstheorie von Thöl (auch Individualisirungstheorie genannt, vgl. jedoch unten), dessen Ansicht in der Hauptsache vielen Anklang gefunden hat (vgl. z. B. Vangerow, Puchta, Sintenis, Mommsen), genügt zwar zum Uebergang der Gefahr auf den Käufer nicht schon die einseitige Ausscheidung durch den Verkäufer, wie dies Andere annehmen (Heyer), wohl aber genügt es, wenn der Käufer von der erfolgten Ausscheidung durch den Verkäufer eine so genaue Anzeige erhalten habe, daß sein Wissen auf die ausgeschiedene species sich richten und der Beweis der Identität mit Beziehung auf jene Anzeige geführt werden könne. Einer Zustimmung des Käufers bedürfe es nicht, da beim Genuskauf der Käufer sich die ausgeschiedene species, wenn sie nur kontraktmäßig und ohne Fehler sei, gefallen lassen müsse, und der Käufer trage daher die Gefahr von dem Zeitpunkte an, in welchem sich der Wille des Verkäufers und das Wissen des Käufers auf einen äußerlich abgesonderten, wieder erkennbaren Theil des genus richten. — Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht Iherings

Lieferungstheorie, wonach die Ausscheidung der species aus dem genus als solche gar nicht in Betracht kommt, die Gefahr vielmehr erst mit der wirklich beschafften (oder durch die mora des Käufers verhinderten) Lieferung auf den Käufer übergeht. Die Lieferung (Erfüllung) wird aber unterschieden von der Tradition, durch welche sie nur regelmäßig, nicht nothwendig erfolge, und sei sie geschehen, sobald der Verkäufer Alles gethan habe, was zu thun ihm nach der Vereinbarung obgelegen. Je nach der Verschiedenheit des Ortes, wo erfüllt werden solle, sei die Lieferung mit dem Holen, Bringen oder Absenden geschehen, und zwar müsse der Käufer holen, wenn nicht etwas Anderes vereinbart sei. In den Fällen des Holens und Bringens geschehe die Lieferung durch Uebergabe, im Falle des Sendens habe der Verkäufer mit dem Augenblick der erfolgten Absendung durch Ueberlieferung der Sache an die den Transport besorgende Person oder Anstalt das Seinige gethan und der Zufall treffe die Waare nach bereits erfolgter Leistung. Es wird sonach hier in der Ueberlieferung der Sache an die Person oder Anstalt, welche mit der Ueberführung betraut wird, ein eigenthümlicher von dem tradere verschiedener Erfüllungsmodus gefunden. Mit Recht wohl bemerkt jedoch Goldschmidt, daß Erfüllung des Kaufvertrags nur eine solche solutio sei, welche in traditio bestehe und dadurch, daß eine Handlung auf die Tragung der Gefahr Einfluß äußere, dieselbe noch nicht zur Erfüllung werde. — Der Iheringschen Theorie haben Goose, Stintzing und Stahl sich angeschlossen. Ebenso im Wesentlichen Windscheid, welcher als Voraussetzung des Gefahrübergangs bezeichnet, daß der Kauf sich auf ein bestimmtes Sachindividuum oder bestimmte Sachindividuen durch wirkliche Leistung oder Uebereinkunft der Parteien konzentrirt habe, die Lieferung aber in den Fällen, wo der Kauf auf Schicken oder Senden gestellt ist, wie Ihering, mit der Uebergabe an die den Transport vermittelnde Person für vollendet erachtet. Hahn findet

die Jheringsche Theorie, daß die Gefahr in dem Zeitpunkte auf den Käufer übergehe, an welchem der Käufer Alles gethan habe, was von seiner Seite zur Erfüllung des Vertrags erforderlich gewesen, im Art. 345 des H.G.B. indirekt anerkannt. — Nach der Bekkerschen Theorie, von ihm selbst Individualisirungstheorie genannt, ist für den Uebergang der Gefahr auf den Käufer der Moment maßgebend, wo die Obligation aus dem Genuskauf zur Obligation auf Speziesleistung werde. Dies sei spätestens bei der Erfüllung der Fall, es könne die Spezialisirung aber auch vorher, dies jedoch nur in Folge einer diesfälligen Vereinbarung der Kontrahenten erfolgen, nicht aber genüge hierzu eine vom Verkäufer vorgenommene Ausscheidung, auch nicht das, was Thöl zweiseitige Ausscheidung nenne. Erfolge die Spezialisirung mit der Erfüllung, so sei die durch Hingabe und Annahme vollendete Tradition das spezialisirende Moment, und daher beim Senden, wo die beiden Seiten des Traditionsaktes zeitlich auseinanderfallen, erst mit der Annahme spezialisirt. Da dies jedoch nicht als dem muthmaßlichen Parteiwillen entsprechend angenommen werden könne, so werde als stillschweigend vereinbart anzunehmen sein, daß die Spezialisirung schon mit der vollendeten Absendung als geschehen gelten, beide Theile von da an als an diese Spezies gebunden zu erachten seien und der Käufer daher die Gefahr zu tragen, der Verkäufer aber jeder Disposition sich zu enthalten haben solle. Im Resultat trifft somit Bekker hier wieder mit der Jheringschen Theorie zusammen. — Dagegen hat Regelsberger sich der Ausscheidungstheorie zugewendet, indem er, von der Natur der Obligation aus den Genuskauf als einer Wahlobligation ausgehend, annimmt, daß durch die bindende Ausübung des Wahlrechts die Gefahr auf den Verkäufer übertragen werde. Dies sei der Fall, wenn das Wahlrecht dem Käufer zustehe, mit Vornahme der Auswahl durch diesen; wenn das Wahlrecht, was die Regel sei, dem Verkäufer zustehe, mit der Ausscheidung in Gegenwart

des Käufers (Zumessen, Zuzählen ꝛc.), wo dies bedungen sei, bei vereinbartem Bringen oder Holen mit der Uebergabe an den Käufer und im Falle der Vereinbarung des Sendens mit Absendung einer Nachricht von der erfolgten Ausscheidung durch den Verkäufer oder Uebergabe der Kaufsache an den Frachtführer oder Spediteur behufs Ueberlieferung an den Käufer. Aehnlich äußert sich Hofmann, welcher annimmt, daß die für den Gefahrübergang auf den Käufer entscheidende Spezialisirung spätestens durch die Tradition oder früher in Gemäßheit Vereinbarung, oder, wenn dem Käufer das Wahlrecht zugestanden, durch Ausübung desselben, oder, wenn, wie regelmäßig, der Verkäufer jede kontraktmäßige Waare liefern dürfe, durch Konsumtion seines Wahlrechts eintrete. Die brennende Frage, wann letzteres der Fall sei, läßt Hofmann unbeantwortet. — Es ergiebt sich aus diesem kurzen Ueberblick, daß, während früher die Ausscheidungstheorie die Herrschaft besaß, neuerdings die Lieferungstheorie sich in den Vordergrund drängt und die ganze Frage noch keineswegs abgeschlossen ist. Auf dem Boden des deutsch-rechtlichen Prinzips ist sie gar nicht möglich.

Schwierigkeiten ergeben sich bei Anwendung des römischen Grundsatzes, ferner bei dem früher mit dem Genuskauf zusammengeworfenen Spezieskauf mit Quantitätspreis (Kauf nach Maß), wenn Gegenstand des Kaufs eine individuell bestimmte, räumlich abgegrenzte Quantität von Sachen, der Kaufpreis aber nicht in Einer Summe (in Pausch und Bogen), sondern auf so und so viel für eine bezeichnete Einheit (Stück, Maß, Gewicht) bestimmt ist und die zu bezahlende Kaufsumme erst durch nachfolgendes Messen, Zählen oder Wägen der verkauften Quantität festgestellt werden soll. Unbestritten ist zwar, daß in diesem Falle vor Feststellung der Kaufsumme durch Messen, Zählen oder Wägen die Gefahr des gänzlichen oder theilweisen Untergangs nicht auf den Käufer übergeht, dagegen gehen die Meinungen über den Grund dieser

Gefahrvertheilung auseinander (gegen die Unterstellung einer aufschiebenden Bedingung mehren sich die Stimmen) und in Folge dessen auch darüber, wer die Gefahr der Verschlechterung vor besagter Feststellung der Kaufsumme zu tragen habe, ob der Käufer (Mommsen, Thöl, Windscheid, Hofmann) oder der Verkäufer (Vangerow, Arndts, Goldschmidt, Becker, Regensberger). Auch dieser Streitfrage entzieht das deutsch-rechtliche Prinzip den Boden.

Bei dem alternativen Kauf, wenn der Kaufgegenstand in der Art bestimmt ist, daß einer von mehreren individuell bestimmten Gegenständen geleistet werden soll, hat die Gefahrfrage nichts Besonderes und es ergeben sich nur bezüglich des Einflusses der Unmöglichkeit auf die Verbindlichkeit des Verkäufers eigenthümliche Gesichtspunkte. Gehen alle Sachen unter, welche in der Wahl stehen, so wird der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit frei, geht nur eine oder einige der Sachen unter, so beschränkt sich seine Verbindlichkeit auf die noch übrigen Sachen, bleibt nur Eine Sache übrig, so verwandelt sich seine Verbindlichkeit in eine obligatio speciei, wobei jedoch bestritten ist, ob, wenn der Verkäufer die Wahl hatte, dieser sich durch die Leistung des Werthes der untergegangenen Sache befreien könne. Im Falle der Verschlechterung beschränkt sich die Verbindlichkeit des Verkäufers auf die noch mögliche Leistung, d. h. er muß leisten, so gut es ihm noch möglich ist, er darf daher, auch wenn ihm die Wahl zusteht, nicht die verschlechterte Sache dem Käufer aufdrängen, wenn noch eine Sache unverschlechtert vorhanden ist. Die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung trägt aber auf dem Boden des römischen Prinzips in allen Fällen der Käufer, nach dem deutsch-rechtlichen Prinzip der Verkäufer. Abweichende Bestimmungen hat das preußische und das österreichische Recht (unten Litt. C. b.).

Auch beim Kauf auf Probe gilt bezüglich der Gefahrfrage nichts Besonderes; derselbe kommt vor als

suspensiv bedingter Kauf, als resolutiv bedingter Kauf, oder auch als unbedingter Kauf mit einem pactum displicentiae (Reukauf) und richtet sich hiernach auch die Gefahrfrage.

Verschiedene Meinungen bestehen über die Tragung der Gefahr, wenn eine fremde nicht im Eigenthum des Verkäufers befindliche Sache verkauft wird, wobei die Verschiedenheit der Ansichten über den Grund des römischen Prinzips über die Gefahrvertheilung ihren Einfluß geltend macht. Nach der einen Meinung trägt auch beim Verkauf einer fremden Sache der Käufer die Gefahr, wenn dem Verkäufer nicht Arglist zur Last fällt (Windscheid). Eine andere Ansicht schiebt dem Verkäufer die Gefahr schon dann zu, wenn derselbe wissentlich dem damit unbekannten Käufer eine fremde Sache verkauft, während die Gefahr von dem Käufer getragen werden soll, wenn nur der Käufer den rechtlichen Mangel kannte oder dieser beiden Theilen unbekannt war; kannten beide Theile den Mangel, so bestehe eine Obligation überhaupt nur dann, wenn solche auf das Bemühen des Verkäufers, die Sache zu erwerben, gerichtet sei (Hofmann). Die entgegengesetzte Ansicht läßt stets den Verkäufer die Gefahr tragen, nach dem Einen, weil die Sache, als fremde, nicht im Vermögen des Verkäufers gewesen (Goose), nach dem Anderen, weil dem Verkäufer durch den Untergang der fremden Sache kein Schaden zugegangen (Ihering). Vom Standpunkte des deutschen Prinzips erledigt sich auch diese Streitfrage von selbst.

Zu besonderen Bedenken und Zweifeln gelangt man an der Hand des römischen Prinzips in dem Fall eines mehrmaligen Verkaufs derselben Sache. Da nach besagtem Prinzip mit der Perfektion des Kaufvertrages die Gefahr auf den Käufer übergehe, so ist daraus die Konsequenz gezogen worden, daß, wenn eine Sache, nachdem sie von demselben Verkäufer an mehrere Personen nach einander verkauft worden, durch Zufall untergehe,

ehe die Uebergabe an einen der Käufer erfolgt sei, der durch den zufälligen Untergang von seiner Verbindlichkeit gegen sämmtliche Käufer frei gewordene Verkäufer von jedem der Käufer, da jeder die Gefahr des Untergangs zu tragen habe, den bedungenen Kaufpreis fordern könne vgl. Dresdener Prot. S. 608, 609, 4059). Gegen diese Konsequenz sträubt sich das Rechtsgefühl und sie wird auch allgemein verworfen; nicht nur gehen jedoch die Gründe hierfür auseinander, sondern es herrscht auch darüber keine Einigkeit, ob überhaupt einer der Käufer und welcher das Kaufgeld zahlen müsse. Eine neueste Meinung geht dahin, daß vor der Tradition überhaupt keiner der mehreren Käufer die Gefahr trage, der Verkäufer also von keinem den Kaufpreis fordern könne (Martinius); eine andere Meinung giebt dem Verkäufer die Wahl, von welchem Käufer er den Kaufpreis verlangen wolle (Jhering, Vangerow); eine dritte Ansicht läßt den ersten Käufer die Gefahr tragen (Hofmann, Pöschmann), eine vierte Meinung giebt dies zwar als das prinzipiell Richtige zu, da jedoch häufig sich nicht beantworten lasse, wer der erste Käufer sei, bleibe nichts übrig, als dem Verkäufer die Entscheidung zu überlassen (Goose); nach einer fünften Meinung ist es der zweite Käufer, welcher die Gefahr zu tragen und somit den Kaufpreis zu bezahlen hat, es wäre denn der Verkäufer auch diesem gegenüber in Arglist, in welchem Falle auch der zweite Käufer die Gefahr nicht trage (Windscheid). Alle diese Zweifel schneidet das deutsch-rechtliche Prinzip ab.

C. Die zur Zeit in Deutschland und den Nachbarländern geltenden Gesetzgebungen wie die neueren deutschen Gesetzesentwürfe beruhen, wie schon erwähnt, theils auf dem römischen, theils auf dem deutsch-rechtlichen Prinzip. Ob der Anschluß des preußischen Rechts an das letztere sich darauf zurückführen läßt, daß solches, wie Stobbe meint, noch heute im allgemeinen Bewußtsein des deutschen Volkes lebe, mag dahingestellt bleiben. Löher (System

des preuß. Landrechts) stellt dies recht schön so dar: „Es seien die Redaktoren, indem sie aus der Natur der Sache und der natürlichen Billigkeit philosophisch, also aus ihrem eigenen Denken, die Rechtssätze hergeleitet, unwillkürlich nicht in die römische, sondern in die deutsche Rechtsanschauung hineingerathen, in der sie, wie jeder Andere vom Volke, von Jugend auf eingewöhnt gewesen. Das Naturrecht sei für die Redaktoren nicht ein bloßes Herleiten der Rechtssätze aus reinen Vernunftideen, sondern die Erkenntniß dessen gewesen, was aus den gegebenen nationalen und faktischen Zuständen und Verhältnissen als das Rechte und Natürliche folge. Unter dem Philosophischen habe sich daher leicht das Nationale versteckt, im Gewande des Natur- und Verstandesrechts habe das deutsche Recht sich eingeschlichen". In den Motiven des hessischen Entwurfs, sowie in den Protokollen der Dresdener Kommission wird ausdrücklich betont, daß das angenommene Prinzip seine Wurzel im einheimischen Rechte habe.

a. Die älteren Landrechte stehen zumeist unter der Herrschaft des römischen Rechts, und wo sie davon abweichen, beruht dies häufig genug nur auf einem Mißverständnisse ihres Vorbildes. Dahin gehört insbesondere auch das württembergische Landrecht von 1610 (II. 9. §§. 24—26), welches in Absicht auf die Tragung der Gefahr lediglich die römisch-rechtlichen Bestimmungen wiedergiebt: „sobald der Kauf beschehen, ... muß der Käufer . . . . . allen Schaden, so die verkaufte Hab empfangen, tragen, ob ihm gleich das verkaufte Gut noch nicht zugestellt"; nur bezüglich der liegenden Güter wird der Zeitpunkt der Insinuation für entscheidend erklärt, was mit dem Neurechte zusammenhängt. Auch der Codex Maxim. Bavar. civ. Thl. IV. Kap. 3 §. 11 enthält im Wesentlichen nur eine Wiedergabe des römischen Satzes.

Betr. das Züricher privatrechtliche Gesetzbuch von 1855, so hatte der Entwurf dem deutsch-rechtlichen Prinzip

sich zugewendet, die Gesetzgebungskommission entschied sich aber in ihrer Majorität für das römisch-rechtliche Prinzip, wenn auch mit einer, wohl kaum als Verbesserung zu betrachtenden Abmilderung, und die Ansicht der Majorität hat im Gesetzbuche Eingang gefunden. Im §. 1438 ist demgemäß bestimmt, daß bei dem Spezieskauf, „wenn Gegenstand des Kaufvertrags eine individuelle Sache", die Gefahr mit Vollendung des Kaufvertrags auf den Käufer übergehe, jedoch, und hierin besteht die Abmilderung des Grundsatzes, nur dann, „wenn die Sache so zur Verfügung des Käufers stehe, daß dieser sie beliebig zur Hand nehmen könne". Hierdurch sollte der Unbilligkeit die Spitze abgebrochen werden, dem Käufer für eine Zeit die Gefahr aufzubürden, wo er für die Sache durch Zurhandnahme derselben Sorge zu tragen noch gar nicht in der Lage gewesen; die Rechtssicherheit dürfte aber durch die wenig greifbare Bestimmung schwerlich gewonnen haben. Nicht besser gerathen ist die Bestimmung des §. 1437, welcher die Tragung der Gefahr beim Genuskauf (übrigens wie es scheint, ohne Unterscheidung von dem Kauf nach Maß) zu regeln bestimmt ist und dahin geht, daß, wenn vertretbare Sachen nach Zahl, Maß oder Gewicht verkauft worden, die Gefahr erst mit erfolgter Zuzählung, Zumessung oder Zuwägung auf den Käufer übergehe. Neben dem offenbaren Mißgriff der Beschränkung der Bestimmung auf vertretbare Sachen schweigt das Gesetz über die Hauptsache, wann denn die Zuzählung u. s. w. als erfolgt anzunehmen, und läßt damit der Theorie denselben Spielraum wie das römische Recht. Die Erläuterung von Bluntschli, daß die einseitige Ausscheidung von Seiten des Käufers nicht genüge, ebensowenig aber die Zustimmung des Käufers erforderlich, jedoch eine Ausscheidung „im Verhältniß zum Käufer" nöthig sei, macht die Sache nicht besser. Das gewählte Beispiel, daß die bloße Uebergabe der Waare an den Fuhrmann zum Transport genüge, zeigt übrigens, daß Bluntschli nicht einmal ein Wissen des

Käufers fordert, um eine Ausscheidung „im Verhältniß zum Käufer" anzunehmen. Nach §. 1439 ist der Kauf in Pausch und Bogen in Absicht auf die Gefahr wie ein Spezieskauf zu behandeln. Der §. 1444 regelt die Transportgefahr dahin, daß, abgesehen von besonderer Handelsübung oder Uebereinkunft, anzunehmen sei, der Käufer habe die Gefahr des Transports zu tragen, es wäre denn Frankolieferung verabredet, in welchem Falle die Uebernahme der Transportgefahr durch den Verkäufer vermuthet werden solle. Der §. 1441 bestimmt, daß der mit der Ablieferung im Verzuge befindliche Verkäufer während der Dauer des Verzuges die Gefahr zu tragen habe, der §. 1440 enthält den Vorbehalt anderweitiger Uebereinkunft und besonderer Handelsübungen.

Das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1863 spricht in den §§. 1091 und 866 das Prinzip aus, daß bei dem Kaufe einer dem Stücke nach bestimmten Sache der Käufer die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung von Zeit des Vertragsschlusses an zu tragen habe, jedoch mit der Klausel, sofern nicht besondere Gründe die Annahme des Gegentheils rechtfertigen. In den Motiven ist kurz gesagt, daß man es beim gemeinen Rechte belassen habe, das schon seither in Sachsen gegolten; im Uebrigen seien die Resultate der Wächterschen Abhandlung den Bestimmungen des Gesetzbuchs im Wesentlichen zu Grunde gelegt. Im §. 1013 ist als Folge ausgesprochen, daß der Verkäufer bei zufälliger Unmöglichkeit seiner Leistung dennoch seinen Anspruch auf die Gegenleistung behalte. Für den Genuskauf, wenn Sachen aus einer Gattung verkauft werden, gibt der §. 867 die Norm, daß der Käufer die Gefahr erst von Zeit der in Gemäßheit des Vertrages erfolgten Ausscheidung an zu tragen habe. Was unter der Ausscheidung zu verstehen sei, ob eine einseitige genüge oder Anzeige oder Zustimmung erforderlich sei, ist unentschieden gelassen, die Motive sagen nur, daß unter der Ausscheidung auch die Uebergabe an den Spediteur

begriffen sei. Bezüglich des Kaufes nach Maaß (Spezieskauf mit Quantitätspreis) bestimmt der §. 1091, vgl. §. 1085, daß die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung auf den Käufer erst übergehe, wenn die Zumessung, Zuzählung oder Zuwägung erfolgt sei. Damit ist eine oben erwähnte Streitfrage des gemeinen Rechts entschieden. In Absicht auf den suspensiv bedingten Kauf ist im §. 873 ausgesprochen, daß während schwebender Bedingung die Gefahr des Untergangs der Verkäufer, die Gefahr der Verschlechterung der Käufer zu tragen habe; nur wenn eine besondere Beschaffenheit der Kaufsache versprochen worden und diese beim Eintritt der Bedingung fehlt, kann der Käufer seine Gegenleistung abmindern. Bei dem Kauf auf Probe, obwohl dieser nach §. 1101 im Zweifel als suspensiv bedingter Kauf gilt, soll jedoch der Verkäufer bis zum Eintritt der Bedingung die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung tragen. Im Grunde genommen kommt aber die Gefahr der Verschlechterung hier gar nicht in Frage, da es ja hier immer von dem Belieben (Laune) des Käufers abhängt, ob er die Sache nehmen will oder nicht. Bezüglich des Falles, wenn der Verkäufer dieselbe Sache an Mehrere verkauft habe und die Sache vor der Uebergabe an einen der mehreren Käufer durch Zufall untergegangen, bemerkt Pöschmann zu §. 1091, daß der Verkäufer sich nur an den ersten Käufer halten könne und diesem seine Rechte an den zweiten Käufer überlassen müsse. Das Gesetzbuch gibt aber hierfür nichts an die Hand.

Der code civil Art. 1624, vgl. mit 1138, läßt die Gefahr in dem Augenblick auf den Käufer übergehen, „où la chose a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite", ausgenommen den Fall des Verzuges des Verkäufers in der Leistung, wo die Gefahr bei ihm zurückbleibt. Zu gleicher Zeit geht aber auch par l'effet des obligations das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer über (Art. 711, 1138, 1583).

Bezüglich des suspensiv bedingten Kaufs bestimmt Art. 1584 in Verbindung mit Art. 1182, daß während schwebender Bedingung die Gefahr des Untergangs wie der Verschlechterung von dem Verkäufer zu tragen ist („la chose ... demeure aux risques du débiteur"). Im Fall der Verschlechterung hat der Käufer beim Eintritt der Bedingung die Wahl, das Schuldverhältniß aufzulösen, oder die Sache in dem Zustande, in dem sie sich befindet, ohne einen Abzug am Kaufpreise zu fordern. Ueber die Gefahrtragung beim resolutiv bedingten Kauf enthält der code keine besondere Bestimmung (cfr. Art. 1183, 1184). Der Art. 1585 handelt von dem Falle, wenn Waaren nicht en bloc, sondern au poids, au compte ou á la mesure verkauft werden, wobei ungewiß erscheint, ob darunter der Genuskauf, oder der Kauf nach Maß (Spezieskauf mit Quantitätspreis), oder, was wahrscheinlicher, beide zusammen gemeint sind, wie diese Käufe früher überhaupt zusammengeworfen zu werden pflegten. Für den bezeichneten Kauf wird bestimmt, daß der Verkäufer die Gefahr zu tragen habe, bis die Sachen gewogen, gezählt oder gemessen sind, eine zumal für den Genuskauf höchst ungenügende Bestimmung.

Die dem code nachgebildeten Rechte stimmen in fraglicher Beziehung mit ihrem Vorbilde im Wesentlichen überein (vgl. z. B. italienisches bürgerl. Gesetzbuch S. 1480, 1125, 1163, 1449, 1450). Das badische Landrecht unterscheidet übrigens in Satz 1586a. mit Recht den Kauf nach Maß (wenn eine im Stück bestimmte Masse [Quantität] oder ein Antheil davon verkauft und der Preis nach Maß und Gewicht bestimmt ist, so daß eine Zumessung nachfolgen muß) vom Genuskauf (S. 1585), bestimmt aber in wohl nicht zutreffender Weise, daß derselbe als ein Verkauf in Pausch und Bogen gelten solle, während dieser die Bestimmung eines Gesammtpreises zur Voraussetzung hat.

b. Den Boden des deutsch-rechtlichen Prinzips hat

zuerst wieder das preußische Landrecht betreten, wenn auch in unbewußter Weise und mit unstichhaltiger Begründung, indem die Gefahrvertheilung nach den Vorträgen von Suarez auf den, wie jetzt überall anerkannt, hierfür ganz unbrauchbaren Satz: „casum sentit dominus“ zurückzuführen versucht wurde. Das Verlassen des römischen Prinzips aber wurde von Suarez unter Anderm damit motivirt, daß es der natürlichen Billigkeit widerstreite, den Käufer das Kaufgeld bezahlen zu lassen, obgleich der Verkäufer die Sache ihm nicht mehr gewähren könne und solche untergegangen sei, ehe sie der Käufer in seinem Verwahrsam gehabt und ohne daß er die geringsten Vorkehrungen zu ihrer Erhaltung und Sicherheit hätte treffen können. Als Prinzip stellt das Landrecht (I. 11 §. 95) auf, daß bis zur Uebergabe der verkauften Sache (soweit solche nicht durch die Schuld des Käufers verzögert worden (I. 11 §§. 98, 102—104), der Verkäufer die Gefahr zu tragen habe und spricht (I. 11 §. 100, I. 5 §§. 364 bis 368) weiter aus, daß bei zufälligem gänzlichen Untergang der Kaufsache vor deren Uebergabe der Vertrag für aufgehoben zu erachten und das von dem Käufer bereits Geleistete diesem zurückzugeben sei. Daß der Verkäufer auch die Gefahr der Verschlechterung bis zu demselben Zeitpunkte trägt, erhellt aus der Bestimmung (I. 11 §. 194), daß die Kaufsache in dem Zustande zu übergeben ist, in welchem sie sich zur Zeit des geschlossenen Kaufes befunden hat, sowie aus der weiteren Bestimmung (I. 11 §§. 178, 179), daß wegen der einem Grundstücke in dem Zeitraum zwischen der Vertragschließung und der Uebergabe aufgelegten neuen öffentlichen fortwährenden Lasten und Abgaben der Käufer von dem Vertrage zurücktreten, oder einen Nachlaß vom Kaufpreise fordern kann. Uebrigens kann in denjenigen Fällen, wo die Uebergabe ohne Schuld des Verkäufers aufgehalten wird, dieser sich durch Hinterlegung bei Gericht von aller Verantwortung gegen den Käufer befreien (I. 11 §. 99). — Bei gericht-

lichen nothwendigen Verkäufen geht die Gefahr ausnahmsweise schon durch den Zuschlag auf den Käufer über (I. 11 §. 342) und beim Kauf in Pausch und Bogen behält der Verkäufer inkonsequenterweise nur die Gefahr des Untergangs bis zur Uebergabe, während die Gefahr der Verschlechterung schon mit der Schließung des Vertrags auf den Käufer übergeht (I. 11 §§. 117, 120. Die Revisoren — Motive zu I. 11 S. 39 — erachten die Abweichung vom Prinzip „in der Natur der Sache" gegründet). Dasselbe soll gelten, wenn ein Inbegriff von Sachen verkauft worden (I. 11 §. 121). Auch dies finden die Revisoren selbstverständlich, (Motive zu I. 11 S. 40). — Bezüglich der Transportgefahr ist die Bestimmung von Interesse, daß unter Abwesenden die Kaufsache als übergeben gilt, wenn sie einem Bevollmächtigten des Käufers ausgehändigt, oder auf die Post gegeben oder dem Fuhrmann oder Schiffer überliefert worden ist, vorausgesetzt, daß die Uebermachung nach Anweisung des Käufers erfolgt oder die Art derselben dem Gutbefinden des Verkäufers überlassen worden ist (I. 11 §§. 128, 129, 130). — Bei dem Kaufe künftiger Sachen trägt der Verkäufer die Gefahr, wenn die Sache gar nicht zur Wirklichkeit kommt; der Käufer im andern Falle (I. 11 §§. 582, 584, 587). — Bezüglich des Wahlkaufs, welchen das preußische Landrecht als einen durch die Möglichkeit der Wahl bedingten Kauf auffaßt, ist in Konsequenz dessen bestimmt, daß schon der Untergang oder die Verschlechterung Einer Sache denjenigen der Kontrahenten, dem die Wahl zusteht, zum Rücktritt vom Vertrage berechtigte; er kann aber auch bei dem Vertrage stehen bleiben, jedoch alsdann kein Interesse fordern (I. 11 §§. 33, 35, 37).

Der preußische Entwurf von 1831 (Revision des Landrechts) hat im Prinzip nichts geändert und es ist in den Motiven (I. 11 S. 30, 31, 36) diesfalls bemerkt, das römische Prinzip sei unnatürlich, wider die principia und gebe wegen der vielen Einschränkungen und Aus-

nahmen zu den größten Weitläufigkeiten Anlaß, während gegen das Prinzip des Landsrechts, welches Gefahr wie Eigenthum der verkauften Sache erst mit der Tradition auf den Käufer übergehen lasse, bei der Revision sich auch nicht Eine Stimme erhoben habe. Die einzelnen voran-geführten Bestimmungen des Landrechts sind mit nur un-bedeutenden, hier nicht weiter zu erwähnenden Modifikatio-nen in den Entwurf übergegangen (vgl. Entwurf I. 11 §§. 75, 108, 145, 146 79, 236, 100, 103, 104, 58—60, 33, 35, 37. Die §§. 584, 587 I. 11 des A.L.R. sind im Entwurfe als entbehrlich fortgefallen, vgl. Entwurf I. 11 §§. 341 ff. Motive S. 97).

Auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch hat, wie schon bemerkt, vom römischen Prinzip sich abgewandt, und als Regel aufgestellt, daß der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechter-ung zu tragen habe. Dabei wird jedoch in wohl keines-wegs gerechtfertigter Weise unterschieden, ob für die Ueber-gabe eine Zeit bedungen ist, oder nicht; im letzteren Falle behält der Verkäufer die Gefahr bis zur Uebergabe, im ersteren Falle nur bis zu dem für die Uebergabe bedunge-nen Zeitpunkt. Daß im ersteren Falle ein dem Käufer, im letzteren Falle ein dem Verkäufer zur Last fallender Verzug Etwas ändere, ist ausdrücklich nicht gesagt, wird aber anzunehmen sein, da das Gegentheil zu widersinnigen Resultaten führen würde (vgl. auch Hofmann a. a. O. S. 52. ff.). Bei gänzlichem Untergang vor gedachtem Zeitpunkt gilt der Vertrag als nicht geschlossen, der Käufer braucht den Kaufpreis nicht zu zahlen und kann das Ge-zahlte kondiziren. Dem gänzlichen Untergang ist es ziem-lich willkürlich gleichgestellt, wenn die Sache durch Zufall über die Hälfte am Werth zu Grunde gerichtet worden. Bezüglich anderer durch Zufall erfolgter Verschlimmerun-gen der Sache und Lasten ist gesagt, daß sie auf Rech-nung des Besitzers (Verkäufers) gehen; der Käufer wird hiernach berechtigt sein, einen verhältnißmäßigen Abzug am

Kaufpreis zu machen (§§. 1064, 1048—1051, 1311, 1447). Beim Kauf in Pausch und Bogen trägt inkonsequenterweise der Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs einzelner Stücke, wenn nicht hierdurch das Ganze über die Hälfte vom Werthe vermindert worden ist, in welchem Fall dasselbe wie bei dem gänzlichen Untergang gilt (§. 1049). — Bezüglich der Transportgefahr ist durch die Bestimmung Entscheidung getroffen, daß überschickte Sachen in der Regel erst dann für übergeben gehalten werden, wenn sie der Uebernehmer (Käufer) erhält, es wäre denn, daß dieser die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hätte (§. 429). Hiernach hat der Regel nach der Verkäufer die Gefahr des Transports zu tragen und reist die Sache, abgesehen von anderweitiger Uebereinkunft, nur dann auf Gefahr des Käufers, wenn er die Ueberschickungsart selbst bestimmt oder genehmigt hat. — Bei dem Kauf auf Probe trägt, wenn der Kaufpreis nicht bezahlt (das Geschäft suspensiv bedingt) ist, während der Probezeit der Verkäufer die Gefahr, der Käufer wird wie ein Entlehner angesehen (§. 1080); ist der Kaufpreis bezahlt, so wird der Käufer Eigenthümer der übernommenen Kaufsache (resolutiv bedingtes Geschäft), trägt daher das periculum interitus (§. 1311), wogegen der Verkäufer das periculum deteriorationis trägt, da der Käufer vor Ablauf der Probezeit zurücktreten kann (§. 1081). — Bei dem Kauf anzufertigender Sachen (für welchen vermuthet wird, wenn von dem Arbeiter der Stoff geliefert worden) ist bestimmt, daß der Eigenthümer des Stoffes, also bei Lieferung des Stoffes durch den Arbeiter dieser, der Verkäufer, die Gefahr zu tragen habe (§§. 1157, 1158). — Bei dem Kauf einer gehofften Sache (emtio rei speratae), wie bei dem Hoffnungskauf (emtio spei) trägt der Käufer die Gefahr der ganz vereitelten Erwartung (§§. 1065, 1276). — Bei dem Wahlkauf ist, wie nach preußischem Recht, im Fall des zufälligen Untergangs auch nur Eines der mehreren Wahlstücke Derjenige, der die

Wahl hat, an den Vertrag nicht gebunden (§§. 906, 907).

Das Civilgesetzbuch für Bern von 1824 (Satzung 808 und 1024) bestimmt die Vertheilung der Gefahr gleichfalls nach dem Zeitpunkt der Uebergabe der Kaufsache an den Käufer; geht die Kaufsache vor der Uebergabe durch Zufall unter, so fällt der Vertrag dahin und der Verkäufer hat für das, was er bereits empfangen, wie ein redlicher Besitzer Rechnung zu tragen. Ist der Kaufgegenstand vor der Uebergabe durch einen Zufall bedeutend beschädigt worden, so kann der Käufer vom Vertrage zurücktreten (Hofmann a. a. O. S. 75).

Die neueren deutschen Entwürfe sind dem deutschrechtlichen Prinzip beigetreten. In der Einleitung zu den Motiven des Großherzoglich hessischen Entwurfs von 1853 (S. 10—12, vgl. auch II. S. 9, 10) ist diesfalls ausgeführt: das deutsch-rechtliche Prinzip, wonach im Falle der zufälligen Unmöglichkeit der obligationsmäßigen Leistung das Schuldverhältniß sich auflöse, entspreche vor Allem der Natur der Sache und der Billigkeit, welcher es angemessen sei, daß der Schuldner, dem die schuldige Leistung zufällig unmöglich geworden, nicht nur liberirt werde, sondern daß er auch, eben weil er selbst nichts leisten könne, keine Gegenleistung dafür zu fordern habe. Die Einwendung einer darin liegenden ungerechtfertigten Härte, daß der Verkäufer den Schaden des zufälligen Untergangs des Kaufobjekts tragen solle, während er wegen seines Gebundenseins durch den Verkauf diesen Schaden durch anderweitige Dispositionen über das Kaufobjekt von sich abzuwenden außer Stande gewesen, sei unbegründet, da der Verkäufer alsbald nach der Perfektion des Vertrages durch Uebergabe oder Anbieten derselben seinen Anspruch auf die Gegenleistung sich sichern könne. Habe aber der Verkäufer im Interesse des Verkäufers sich verpflichtet, das Kaufobjekt noch länger in seinen Händen zu behalten, so sei es seine Sache, sich bei Uebernahme dieser Verpflichtung gegen

Uebernahme der Gefahr zu wahren. So wenig das Gesetz den Verkäufer als solchen verpflichte, das Kaufobjekt nach Perfektion des Vertrags im Interesse des Käufers aufzubewahren, so wenig habe es Beruf, den diese Verpflichtung freiwillig übernehmenden Verkäufer von dem damit verbundenen Risiko zu entbinden. Aber auch seines praktischen Resultats wegen sei das deutsche Prinzip vorzuziehen. Nach dem römischen Prinzip habe der Käufer, der mit der Perfektion des Vertrags das periculum übernehme, eben darum von dieser Zeit an auch die commoda anzusprechen. Der Verkäufer müsse daher über Früchte und Nutzungen, die er in der Zwischenzeit bezogen, dem Käufer Rechnung ablegen und erlange umgekehrt gegen den Käufer wiederum einen Anspruch auf Ersatz der inzwischen auf das Kaufobjekt gemachten Verwendungen. Dies bilde eine Quelle schwieriger Liquidationsprozesse, deren Schwierigkeit sich dadurch noch steigern könne, daß gestritten werde, ob die Sache durch Zufall oder durch Schuld des Verkäufers untergegangen sei. Diesen Rechtsverwickelungen begegne das deutsch-rechtliche Prinzip, da, wenn der Verkäufer bis zur Tradition die Gefahr trage, ihm auch dagegen insolange die commoda des Kaufobjekts gebühren, so daß von den erwähnten Rechnungen und Gegenrechnungen die Rede nicht werden könne. Sei die Uebergabe durch Untergang des Kaufobjekts unmöglich geworden und es berufe sich der Verkäufer auf den casus, so habe ihm der Käufer auch nichts dafür zu leisten und verschwinde dadurch für ihn das gewöhnliche Motiv, mit dem Käufer über den kasuellen oder kulposen Untergang des Kaufobjekts zu rechten. Von diesen Anschauungen ausgehend, bestimmt der Entwurf, daß, (von den Fällen des Verzugs abgesehen, I. Art. 250—252, Motive S. 10) der Verkäufer bis zur Uebergabe des Kaufgegenstandes die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung zu tragen habe (II. Art. 19). Im Fall der gänzlichen Unmöglichkeit der Leistung wird demzufolge das Schuldverhältniß auf-

gelöst, der Verkäufer wird von seiner Verbindlichkeit frei, kann aber auch die Gegenleistung nicht fordern und hat das Empfangene gleich einem redlichen Besitzer und ohne sich mit dem Schaden des anderen Theils zu bereichern, zurückzuerstatten (I. Art. 144, 360). Ist die Leistung durch den Zufall nur theilweise unmöglich geworden, so kann der Käufer entweder die noch mögliche Leistung fordern und seine Gegenleistung entsprechend kürzen, oder von dem Vertrage abgehen, wenn anzunehmen ist, es würde der Käufer den Vertrag gar nicht geschlossen haben, falls die Leistung schon zur Zeit des Vertragsschlusses nur so unvollständig, als jetzt, möglich gewesen wäre (I. Art. 361). Dabei wird übrigens zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen unterschieden und die Anwendung der vorgedachten Bestimmungen, von dem Falle des Verzugs des Käufers abgesehen (I. Art. 251), ausgeschlossen, falls eine (an sich objektiv) vertretbare Sache den Kaufgegenstand gebildet habe (I. Art. 363), während auch eine vertretbare Sache als species Gegenstand des Kaufvertrags sein kann und besagte Eintheilung der Sachen daher hierher nicht relevant sein wird (vgl. auch Bayern Entw. II. Art. 134 Abs. 2). Dagegen sollen die angeführten Bestimmungen Anwendung finden, wenn beim Wahlkauf alle wahlweise geschuldeten Leistungen oder ein Theil derselben unmöglich geworden (I. Art. 362, 25). — Hinsichtlich des suspensiv bedingten Kaufes ist bestimmt, daß bei während des Schwebens der Bedingung eintretender Unmöglichkeit der Erfüllung das Schuldverhältniß gar nicht zum Dasein gelange (I. Art. 360 Abs. 2). — Beim Kauf in Pausch und Bogen soll schon mit Schließung des Kaufvertrags die Gefahr der zufälligen Verschlechterung und des zufälligen Untergangs einzelner Stücke auf den Käufer übergehen, weil in diesem Fall der Vertragsgegenstand rechtlich so anzusehen sei, als ob er keine Veränderung erlitten hätte (II. Art. 20, Motive S. 10).

Der bayerische Entwurf von 1860 läßt in gleicher

Weise, wie der hessische, die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Werthsminderung der verkauften Sache erst mit der Besitzübertragung, nicht schon mit der Perfektion des Vertrags auf den Käufer übergehen (Motive S. 90, 91). Bei unbeweglichen Sachen genügt die Zuschreibung im Hypothekenbuche, wenn sie erfolgt, ehe der Käufer in den Besitz der Sache gesetzt worden (II. Art. 282). Demgemäß wird der Verkäufer, wenn ihm durch Zufall die Erfüllung unmöglich geworden, abgesehen von den Fällen des Verzuges (II. Art. 133 bis 135), von seiner Verbindlichkeit frei, hat aber auch keinen Anspruch auf die Gegenleistung und muß das bereits Empfangene nach den Bestimmungen über die Ansprüche aus unberechtigter Bereicherung zurückgeben (II. Art. 119); ist die Erfüllung durch Zufall theilweise unmöglich geworden, so beschränkt sich die Verpflichtung des Verkäufers auf die noch mögliche Leistung, der Käufer aber ist befugt, an der Gegenleistung einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen, oder von dem Vertrage abzugehen, wenn anzunehmen ist, daß er denselben nicht eingegangen hätte, falls die Unmöglichkeit der vollständigen Erfüllung schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorgelegen wäre (Art. 120), weil, wie die Motive sagen, bei gegenseitigen Verträgen eine vollständige Erfüllung in Beziehung auf den Hauptzweck des Geschäfts die selbstverständliche Bedingung der Vertragseingehung sei (Motive S. 91). In Absicht auf die Transportgefahr ist bestimmt, daß bei einer Uebersendung an den gesetzlichen Erfüllungsort der Verkäufer von der Gefahr nur dann befreit sei, wenn der Käufer eine besondere Art der Uebersendung verlangt und der Verkäufer diese eingehalten, oder der Käufer die Uebersendung selbst vermittelt habe (II. Art. 296. Motive S. 132, 133).

Hieran hat sich auch der Dresdener Entwurf von 1866 angeschlossen. Bei den Kommissionsverhandlungen wurde die Frage, welches der beiden Prinzipien, das römische oder das deutsche, anzunehmen sei, wiederholt leb-

haft besprochen, und es hatte jedes der Prinzipien seine Vertreter, unter welchen auf der einen Seite der Redaktor des sächsischen bürgerlichen Gesetzbuchs (Siebenhaar), auf der anderen der Verfasser des hessischen Entwurfs (Müller) sich gegenüberstanden. Es haben jedoch die Verhandlungen von beiden Seiten Neues nicht beigebracht und es lassen sich die geltend gemachten Gründe und Gegengründe kurz zusammenfassen. Zu Gunsten des römischen Prinzips ist geltend gemacht worden, daß dasselbe der Natur der Sache und den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs am meisten entspreche und es eine ungerechtfertigte Härte wäre, den Verkäufer die Gefahr tragen zu lassen, nachdem er in Folge der Perfektion des Kaufs über die Kaufsache nicht mehr verfügen dürfe, auch, wenn die Tradition im Interesse des Käufers vertragsmäßig hinausgerückt sei, nicht tradiren oder durch Anbieten der Tradition den Käufer im Verzug setzen könne, somit die drohende Gefahr abzuwenden häufig nicht in der Lage sei. Es werde auch, wenn die Uebergabe im Interesse des Käufers aufgeschoben werde, als beiderseitige Intention unterstellt werden dürfen, es solle die einstweilige Aufbewahrung seitens des Verkäufers auf des Käufers Gefahr geschehen, und jedenfalls entspreche dies mehr der Anschauung im Verkehr, als wenn man den Verkäufer die Gefahr tragen lasse. Der Satz: debitor speciei liberatur interitu rei sei ein durchschlagender, und wenn auch der römische Grundsatz sich nicht gegen jeden Einwand rechtfertigen lasse, so sei doch auch in den zu seiner Rechtfertigung aufgestellten Theorien viel Wahres enthalten. Endlich vertrage sich das deutsch-rechtliche Prinzip nicht mit dem Ingrossationssystem und könnte daher bei Immobilien keinesfalls die Tradition für die Gefahrvertheilung maßgebend sein, so daß jenes Prinzip sich nicht einmal konsequent durchführen lasse (Dresdener Prot. S. 601—603, 4054, 4055, 4056). Dem entgegen wurde für das deutsch-rechtliche Prinzip im Wesentlichen Folgendes vorgebracht: Alle die verschiedenen

Theorien, mit welchen der römische Satz zu begründen versucht worden, haben zu einem befriedigenden Ergebnisse nicht führen können, denn der Satz widerspreche der natürlichen Anschauung, daß, wer nicht leisten könne, auch keinen Anspruch auf die nur unter der Voraussetzung jener Leistung versprochene Gegenleistung habe. Das Recht auf die Gegenleistung des Käufers sei wesentlich bedingt durch die Effektuirung der Leistung des Verkäufers, und wenn nun diese Bedingung wegen zufällig eingetretener Unmöglichkeit der Leistung wegfalle, so falle mit logischer Nothwendigkeit auch die Forderung des Verkäufers auf die Gegenleistung weg. Indem für die Gefahrvertheilung der Moment der Tradition für entscheidend erklärt werde, halte man daher das Risiko innerhalb seiner logisch sich ergebenden Grenzen. Es streite dagegen aber auch nicht die Billigkeit und mit Unrecht werde eine Härte darin gefunden, daß der Verkäufer während eines Zeitraums, in welchem er im Interesse des Käufers die seiner Disposition entzogene Kaufsache bewahren müsse, die Gefahr tragen solle. Denn die Aufhebung der Dispositionsbefugniß des Verkäufers mit der Perfektion des Kaufvertrags sei eine rechtsnothwendige Folge davon, daß der Verkäufer durch den Vertrag gebunden sei und sich daher nicht in die Lage bringen dürfe, seine Verbindlichkeit nicht erfüllen zu können, und die Hinausschiebung der Erfüllung werde dem Verkäufer nicht durch das Gesetz aufgenöthigt, sondern sei in seinem freien Willen begründet. Verstehe er sich hierzu im Interesse des Käufers, so könne daher dies keinen Grund abgeben, von Gesetzes wegen die Gefahr dem Verkäufer abzunehmen; vielmehr sei es diesem selbst zu überlassen, sich hiergegen im Vertrage zu wahren, wenn es seinem Interesse entspreche. Außer der juristischen Konsequenz sprechen aber auch überwiegende praktische Rücksichten für den deutschen Grundsatz, in welcher Beziehung das in den hessischen Motiven Angeführte wiederholt und darauf hingewiesen wurde, daß alle die vielen aus dem römischen Prinzip sich

ergebenden Schwierigkeiten das deutsche Prinzip abschneide und damit die Klarheit und Einfachheit des Rechts fördere. Die Behauptung einer Unverträglichkeit des letzteren mit dem Ingrossationssystem sei nicht begründet, denn wo dieses bestehe, vertrete die Eintragung des Erwerbers im öffentlichen Grundbuche die Tradition, sofern sie den Uebergang des Rechts des Verkäufers in das Vermögen des Käufers vermittle, wenn sie auch keinen Besitz verschaffe (Dresdener Prot. S. 601—603, 4054, 4055, 4056). — Im Entwurf selbst ist, übrigens unter dem durch die damaligen Verhältnisse abgedrungenen Vorbehalt abweichender landesgesetzlicher Bestimmungen, der Grundsatz ausgesprochen, daß bis zur Uebergabe der verkauften Sache der Verkäufer die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung derselben zu tragen habe, ihm aber dagegen bis dahin auch die Früchte und sonstigen Nutzungen zukommen sollen (Art. 429), und ist in Uebereinstimmung hiemit auch für die Mängelgewähr der Zeitpunkt der Uebergabe als entscheidend angenommen (Art. 172). Demgemäß kann, wenn die Erfüllung durch Zufall ganz unmöglich geworden, der hierdurch von seiner Verbindlichkeit frei gewordene Verkäufer die Gegenleistung nicht fordern und hat das Empfangene zurückzugeben (Art. 388), während sich bei nur theilweiser Unmöglichkeit die Verbindlichkeit auf die noch mögliche Leistung beschränkt und der Verkäufer berechtigt ist, von seiner Gegenleistung einen verhältnißmäßigen Abzug zu machen (Art. 389). Beides findet aber dann nicht statt, wenn die gänzliche oder theilweise Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist, während der Käufer oder Verkäufer im Verzug war (Art. 293, 294, 310, 312). Bezüglich des Wahlkaufs gilt bei Untergang sämmtlicher wahlweise geschuldeter Gegenstände die Bestimmung des Artikel 388, bei dem Untergang nur einzelner derselben ist die Verbindlichkeit auf die noch möglichen Gegenstände beschränkt (Art. 393). Bei dem suspensiv bedingten Kauf gilt der Vertrag, wenn während

des Schwebens der aufschiebenden Bedingung die Leistung durch Zufall ganz unmöglich wird, als nicht geschlossen, bei theilweiser Unmöglichkeit, sowie wenn die zugesagte Beschaffenheit einer species sich durch Zufall verschlechtert hat, beschränkt sich die Verbindlichkeit des Verkäufers auf die noch mögliche Leistung und der Käufer kann an der Gegenleistung einen verhältnißmäßigen Abzug machen, nicht aber bei sonstiger Verschlechterung der Sache (Art. 94 Abs. 2). Bezüglich des Kaufs auf Probe ist bestimmt, daß durch Uebergabe der Sache zur Besichtigung die Gefahr nicht auf den Käufer übertragen werde (Art. 465). Beim Kauf über eine künftige Sache trägt der Käufer, wenn der Kauf ohne Rücksicht, ob die Sache zur Entstehung gelangen werde oder nicht, geschlossen worden, alle Gefahr; wenn die künftige Entstehung Bedingung war, hat er den Kaufpreis nur, wenn die Sache zur Entstehung gelangt, dann aber ohne Rücksicht auf Beschaffenheit und Umfang der Sache zu bezahlen (Art. 434). Die Transportgefahr wird dahin geregelt, daß, wenn eine species nach der Anweisung des Käufers an einen anderen als den Erfüllungsort gesendet werden solle, mit der Uebergabe der Kaufsache an Spediteur, Frachtführer oder sonstige zum Transport bestimmte Personen die Gefahr auf den Käufer übergehe, es wäre denn der Verkäufer von der seitens des Käufers gegebenen Anweisung über die Art der Zusendung ohne dringende Veranlassung abgewichen (Art. 430).

c. Das Deutsche Handelsgesetzbuch hat sich auf neutralen Boden gestellt und damit dem bestehenden Rechtszustand in Deutschland Rechnung getragen. Dasselbe regelt nur die Transportgefahr bei sogenannten Distanzgeschäften und bestimmt nur für diese den Zeitpunkt des Gefahrübergangs auf den Käufer, greift aber damit in das in den einzelnen deutschen Ländern bestehende Recht nur insofern ein, als dieses einen späteren Zeitpunkt für den Gefahrübergang festsetzt, während diejenigen Bestim-

mungen des bürgerlichen Rechts der einzelnen deutschen Staaten, welche die Gefahr schon in einem früheren Zeitpunkt auf den Käufer übergehen lassen, in Kraft geblieben sind (Art. 345 Abs. 3). Mit dieser Beschränkung wird:

1) für den Fall der Versendung an den vertragsmäßigen Erfüllungsort bestimmt, daß der Verkäufer die Gefahr des Transports zu tragen habe, was dem deutschen Prinzip entspricht (Art. 345 Abs. 2);

2) für den Fall der Versendung an einen anderen als den Erfüllungsort dagegen hat der Käufer schon nach der Uebergabe an den Spediteur oder Frachtführer oder die sonst zum Transport der Waare bestimmte Person die Gefahr zu tragen (Art. 345 Abs. 1).

Nach dem preußischen Entwurf, der diesfalls auch in erster Lesung angenommen war, sollte auch der zweite Fall nur eine Anwendung des deutsch-rechtlichen Prinzips enthalten, indem hier im Anschluß an die oben angeführte ähnliche Bestimmung des preußischen Landrechts (I. 11 §. 128) bestimmt war, daß die Uebergabe für vollzogen gelte, wenn die Waare an den vom Käufer oder, in dessen ausdrücklichen oder stillschweigenden Auftrag, vom Verkäufer bestimmten Spediteur oder Frachtführer abgegeben sei. Diese Bestimmung stieß jedoch bei der zweiten Lesung auf erheblichen Widerspruch und man beschränkte daher die Folge der Uebergabe der Waare an den Spediteur oder Frachtführer auf den Gefahrübergang.

D. Während hiernach die Tragung der Gefahr beim Kaufvertrage durch das römische Prinzip dem Käufer, durch das deutsch-rechtliche Prinzip dem Verkäufer zugewiesen ist und auch das Handelsgesetzbuch kein getheiltes periculum kennt, ist neuerdings, unter Bekämpfung des römischen Prinzips, de lege ferenda, ein vermittelnder Vorschlag gemacht worden [13] und es wird eine Mittheilung

[13] Zur künftigen deutschen Civilgesetzgebung. Ein Versuch von Friedr. Hofmockel, K. bayer. Stadt- und Landgerichts-Assessor, 1876.

hierüber schon darum am Platze sein, weil die betreffende Schrift ausgesprochenermaßen an die Adresse der Civilgesetzbuchs-Kommission gerichtet ist. Der Vorschlag geht in Kurzem darauf hinaus, es solle der Schaden zwischen beiden Kontrahenten nach Billigkeit verhältnißmäßig getheilt werden, wobei darauf hingewiesen wird, daß schon von älteren Juristen, wie Brunnemann, Stryk, Kreittmayr, eine solche Theilung als billig erachtet worden sei. Es liege hier eine juristische Antinomie vor, für deren Lösung nur die Billigkeit das Prinzip bilden könne, welcher überhaupt der Ueberschätzung der juristischen Logik gegenüber das Wort geredet wird. Zum Ausgangspunkte wird der Satz genommen, daß ein nach Schließung des Kaufvertrages vor Uebergabe der Kaufsache diese treffender Zufall beide Parteien treffe, da das Geschäft noch in der Abwickelung begriffen sei. „Der Zufall treffe zwei in der Austauschbewegung begriffene Vermögensobjekte (Kaufpreis und Kaufsache); der das eine Objekt zunächst berührende Unfall treffe beide, er treffe für jeden ein in der Aufhebung und ein in der Entstehung begriffenes Recht". „Es sei gewissermaßen die Brücke zwischen der bereits übergegangenen und der zurückgebliebenen Gefahr abgebrochen. Der Verkäufer könne die Sache nicht mehr übergeben, mit welchem Rechte wolle er den Kaufpreis verlangen? Der Käufer sei nach dem Vertrage zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet und doch sei es unmöglich, ihm die Waare zu verschaffen". Da müsse eine Versöhnung zwischen Beiden eintreten. Kein Theil habe ein Recht auf das noch übrige Objekt, den Kaufpreis, aber jeder Theil habe ein Recht auf Schadloshaltung. Nach der Theorie von Jhering habe in diesem Falle der Kaufpreis die Funktion, dem Verkäufer sein durch die Vereitelung des Geschäfts begründetes Interesse zu ersetzen; allein auch die andere Partei bedürfe einer Schadloshaltung, diese müsse daher nach beiden Seiten eintreten und dürfe und könne sich nicht mit dem Schaden selbst decken.

Das vorhandene Objekt, der Kaufpreis, habe vielmehr das Kompensationsobjekt zu bilden. Dabei müsse man sich auf den ethischen Standpunkt stellen und an die Stelle der Selbstsucht der Parteien das unsere moderne sittliche Anschauung beherrschende Prinzip der Nächstenliebe und der Selbstverläugnung setzen, was von selbst darauf führe, daß jeder Theil vergleichsweise nachgebe. So trete dann eine verhältnißmäßige bezw. gleiche Theilung des im Streit befangenen Vermögensgegenstandes ein, es werde eine Partei durch die andere schadlos gehalten, was auch dem jedem Rechtsinstitute eigenen Prinzip der aequitas entspreche. Der Zustand zwischen Vertragschließung und Uebergabe bestehe als provisorischer in beiderseitigem Interesse, da beide Theile durch den Kauf gewinnen wollen; es sei daher nicht mehr als billig, wenn Beide, Käufer und Verkäufer, auch die Folgen eines während dieses Zustandes eintretenden Zufalls gemeinsam tragen.

Man sieht hier aufs Neue, welche eigene Sache es mit der Billigkeit ist, wenn sie dem Gesetzgeber zur Entscheidungsquelle dienen soll, denn der Eine sagt, die Billigkeit erlaube es nicht, den Verkäufer die Gefahr tragen zu lassen, der Andere findet es unbillig, dem Käufer die Tragung der Gefahr aufzubürden; jetzt kommt eine dritte Meinung, welche das eine wie das andere für unbillig erachtet und daher die Theilung der Gefahr und des Schadens als eine Forderung der Billigkeit bezeichnet. Es muß dies gerechtes Bedenken dagegen erwecken, daß man mit der Berufung auf die Billigkeit, als entscheidendes Prinzip, zu einem befriedigenden Ziele gelangen werde. Soweit aber der Vorschlag darauf gestützt wird, daß in Folge des die Kaufsache vor der Tradition treffenden Zufalls kein Theil ein Recht auf den Kaufpreis habe, so ist dies eine petitio principii, und wie ein gegenseitiger Schadenersatzanspruch sich juristisch solle konstruiren lassen, ist ungesagt geblieben. Es fehlt an einer Darlegung, worin der Schaden bestehen solle, von welchem jeder der beiden Kontra-

henten in Folge des die Kaufsache vernichtenden oder verschlechternden Zufalls betroffen worden, während für den Verkäufer nach geschlossenem Kaufvertrag die Kaufsache nur noch Mittel zur Erfüllung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeit behufs Gewinnung des Kaufpreises ist und daher für ihn, nachdem er durch die zufällige Unmöglichkeit der Leistung der Kaufsache von seiner Verbindlichkeit befreit worden, ein Schaden nur dann entsteht, wenn ihm sein Anspruch auf die Gegenleistung seitens des Käufers abgesprochen, ihm also die Tragung der Gefahr aufgebürdet wird, in diesem Falle aber von einem Recht auf Schadenersatz selbstverständlich die Rede nicht sein kann. Das Gesetz kann denkbarerweise wohl aussprechen, daß der Verkäufer nur die Hälfte oder sonst eine beliebige Quote des Kaufschillings verlieren soll, aber als Schadenersatz wird sich dies nicht konstruiren lassen.

E. Ueberwiegende Gründe dürfen hienach de lege ferenda für die Adoption des deutsch-rechtlichen Prinzips im Anschluß an das preußische und das österreichische Recht, sowie an die neueren deutschen Gesetzentwürfe sprechen. Auf welcher Grundlage der Satz in Frage im alten deutschen Rechte geruht hat, ob die Vermuthung sich rechtfertigen lasse, es stehe der Satz mit der Auffassung des deutschen Rechts im Zusammenhang, daß der Kauf erst mit der Uebergabe der Sache selbst absolut bindend wirke, kann füglich dahingestellt bleiben. Entscheidend ist, daß der deutsch-rechtliche Satz als innerlich begründet, als gerecht und billig, sowie als zweckmäßig erkannt werden muß. Der Satz, daß der Verkäufer, welcher durch Zufall in die Unmöglichkeit der Erfüllung der von ihm übernommenen Verbindlichkeit versetzt und wegen dieser zufälligen Unmöglichkeit von seiner Verbindlichkeit befreit ist, in Folge dessen auch die ihm für seine Leistung versprochene Gegenleistung nicht fordern kann, ist in der Natur und dem Wesen des Vertragsverhältnisses selbst begründet. Man wird nach dem schon Bemerkten Grund haben, daran

festzuhalten, daß seitens des Verkäufers durch den Kaufvertrag die Verbindlichkeit übernommen wird, dem Käufer die diesem zu übereignende Sache gegen Bezahlung des Kaufpreises zu übergeben, wie andererseits der Käufer den Kaufpreis nur als Aequivalent für die Leistung der Kaufsache zu bezahlen verspricht. Es stehen sich daher, als durch den Kaufvertrag erzeugt, zwei wesentlich von einander abhängige Verbindlichkeiten gegenüber, die sich in der Art gegenseitig bedingen, daß jeder Vertragschließende nur dann zur Erfüllung seiner Vertragsverbindlichkeit verpflichtet ist, wenn der andere Vertragschließende dagegen auch seine Verbindlichkeit erfüllt. Kann der Verkäufer in Folge zufälligen Untergangs oder zufälliger Verschlechterung der Kaufsache seine Verbindlichkeit zu deren Uebergabe an den Käufer nicht oder nur unvollständig erfüllen, und ist er in Folge der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung von seiner Verbindlichkeit hierzu im Umfang der Unmöglichkeit in der Art befreit, daß er dem Käufer auch keinen Ersatz zu leisten hat, so ergiebt sich als einfache Konsequenz aus der Natur des Vertragsverhältnisses, daß der Verkäufer auch die Gegenleistung nicht fordern kann. Daraus, daß die Leistung ohne eine von dem Verkäufer zu vertretende Verschuldung, durch Zufall, ganz oder theilweise unmöglich geworden ist, folgt nur, daß der Verkäufer insoweit von seiner Verbindlichkeit befreit und nur noch zur Leistung desjenigen verbunden ist, was das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereigniß ihm von dem Leistungsgegenstand (nach Qualität und Quantität) noch gelassen (oder statt des Leistungsgegenstandes gegeben) hat; welchen Einfluß die so herbeigeführte gänzliche oder theilweise Befreiung des Verkäufers von seiner Verbindlichkeit auf seine Gegenforderung gegen den Käufer habe, läßt sich nur aus der Natur des Vertragsverhältnisses entscheiden und diese führt nach dem Bemerkten zu dem Satze, daß Derjenige, welcher seine Verbindlichkeit nicht zu erfüllen braucht, insoweit, als dies der Fall ist, auch die Gegen-

leistung nicht fordern kann (vgl. auch l. 50 D. de act. emt. et vend. 19, 1). Damit ist, denn dieser Verlust der Gegenforderung bildet eben den Inhalt der Tragung der Gefahr, ausgesprochen, daß diese von dem Verkäufer zu tragen ist.

Ergiebt sich hiernach der deutsch-rechtliche Satz von der Gefahrtragung als die folgerichtige Konsequenz aus der Natur des Kaufvertrags, so ist damit zugleich ein gewichtiges Bedenken gegen den römischen Satz gegeben, welcher im Widerspruch mit der Natur des Kaufvertrags dazu führt, daß der Käufer unentgeltlich leisten muß, obwohl er sich nur zu einer entgeltlichen Leistung verpflichtet hat, daß er zur Erfüllung seinerseits gehalten ist, während die in dem Wesen des Vertrags liegende Bedingung hiefür, die Erfüllung von der Gegenseite, unmöglich und der Verkäufer von der Verbindlichkeit hiezu frei geworden ist. Die vielen, weit auseinandergehenden und sich widersprechenden Versuche, dieses Bedenken zu beseitigen und für den römischen Satz eine juristische Grundlage zu gewinnen, haben nach dem oben Bemerkten zu einem befriedigenden Ergebniß nicht geführt und sind daher so wenig, als die stets wieder für nöthig erachteten Versuche einer Vertheidigung des römischen Satzes geeignet, diesen so schwer zu begründenden und der Rechtfertigung so sehr bedürftigen Satz zur Aufnahme in ein neues Gesetzbuch zu empfehlen.

Wäre es freilich richtig, daß eine ungerechtfertigte Härte und ein Verstoß gegen die Billigkeit darin liege, den Verkäufer bis zur Uebergabe der Kaufsache die Gefahr tragen zu lassen, so könnte dies vom gesetzgeberischen Standpunkte nicht unbeachtet bleiben und müßte zu Gunsten des römischen Satzes in die Wagschale fallen. Allein die Behauptung findet in dem, was dafür geltend gemacht wird, keine genügende Begründung. Vorzugsweise ist es die aus dem Vertrage folgende Gebundenheit des Verkäufers in Absicht auf die Kaufsache, aus welcher die

Billigkeit des römischen Satzes und die in einer anderen Normirung der Gefahrfrage liegende Härte abgeleitet werden will. Man hat gesagt, nachdem der Verkäufer schon in Folge der Perfektion des Kaufvertrags in der ferneren Disposition über die Kaufsache gehindert sei, indem er solche für den Käufer liegen lassen müsse, und nachdem ihm damit die Möglichkeit genommen sei, einen der Sache drohenden Schaden durch anderweitige Verfügung über dieselbe von sich abzuwenden, würde es eine große Härte sein, wenn die Tragung des Schadens dem Verkäufer aufgebürdet werden wollte, dem die Hände zur Abwendung des Schadens durch den Vertrag und das dadurch begründete Recht des Käufers gebunden gewesen, während es nur billig sei, daß der Käufer die Gefahr trage, zu dessen Besten Jenem die Hände gebunden worden. Man kann zugeben, daß diese Erwägung den römischen Satz dem Rechtsgefühl weniger widerstrebend zu machen geeignet ist, allein vom gesetzgeberischen Standpunkt kann ihr ein erhebliches Gewicht nicht beigelegt werden. Denn, wie schon oben bemerkt, ist die Aufhebung des Dispositionsrechts des Verkäufers doch nur die rechtsnothwendige Folge davon, daß dieser in eigenem Interesse, um den Kaufpreis für die Sache zu gewinnen, letztere verkauft und damit dem Käufer zu übergeben vertragsmäßig übernommen hat, sich daher nicht in die Lage bringen darf, jene Verbindlichkeit nicht erfüllen zu können. Hat der Verkäufer aber um seines eigenen Vortheils willen sich selbst die Hände gebunden, so hat er von Rechtswegen auch die Folgen dieser Gebundenheit zu tragen. Will der Verkäufer der daraus entspringenden Gefahr entgehen, so liegt, wie schon die hessischen Motive betonen, in der Natur des Kaufvertrags kein Hinderniß für den Verkäufer, durch sofortige Uebergabe der Sache seiner Verbindlichkeit ledig zu werden, bezw. durch Anbieten der Uebergabe den Käufer in Verzug zu setzen und dadurch die Gefahr auf diesen zu überwälzen. Thut er dies nicht und versteht er sich aus

irgend bewegenden Gründen, vielleicht im eigenen wohlverstandenen Interesse, zu längerem Behalten der Kaufsache, so ist es seine Sache, sich, wenn er die Gefahr nicht übernehmen will, gegen deren Uebernahme zu wahren, nicht aber ist es Aufgabe des Gesetzes, welches den Verkäufer zur Aufbewahrung der Kaufsache gegen seinen Willen nicht verpflichtet, denselben für den Fall, daß er freiwillig diese Verpflichtung übernimmt, gegen die Folgen dieser Uebernahme zu schützen. Am wenigsten gegründet ist es, wenn für die Unbilligkeit, welche darin liegen soll, dem Verkäufer nach der Schließung und Perfektion des Kaufvertrags die Tragung der Gefahr zuzumuthen, die Verhinderung des Verkäufers an anderweitiger Disposition über die noch in seinem Besitz befindliche Kaufsache in der Richtung geltend gemacht werden will, daß dem Verkäufer dadurch die Möglichkeit eines anderweitigen besseren Verkaufs und dadurch zu erzielenden Gewinns abgeschnitten sei. Jeder Vertrag hat die Folge, daß man nicht mehr frei, sondern gebunden ist und diese Folge tritt ein für den einen, wie für den andern Theil. Wie der Verkäufer gehindert ist, sich einen besseren Käufer zu suchen und durch ein sich ihm darbietendes höheres Angebot einen Gewinn zu machen, so ist der Käufer gebunden, den festgesetzten Kaufpreis zu bezahlen, wenn sich ihm auch nachher Gelegenheit bieten sollte, sein Bedürfniß anderweitig um den halben Preis zu befriedigen. Mit solchen Billigkeitsgründen hat der Gesetzgeber nicht zu rechnen. Nun wird sich zwar, wie schon oben erwähnt, für die Billigkeit des römischen Satzes weiter auch noch auf die dem Verkäufer obliegende custodia bezogen; denn wenn hiernach der Verkäufer die Kaufsache bis zur Uebergabe wie eine fremde dem Käufer gehörige mit der Sorgfalt eines diligens pater familias aufbewahren müsse, so fordere die Billigkeit, daß dem Verkäufer während dieser Zeit nicht auch noch die Tragung der Gefahr aufgebürdet werde. Auch dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Tragung der Gefahr, wie seine Pflicht zur Kustodirung der verkauften Sache haben ihren Grund in der von dem Verkäufer durch den Vertrag übernommenen Verpflichtung zur Uebergabe der Kaufsache an den Käufer. Um dieser Verpflichtung nachkommen zu können, hat er die Sache mit derjenigen Sorgfalt, welche ihm nach der Natur des Vertrags überhaupt obliegt, zu bewahren und ist, wenn ein Mangel an jener Sorgfalt den Verlust oder die Verschlechterung der Kaufsache zur Folge hat, hierfür dem Käufer ersatzpflichtig. Die Gefahr aber trägt der Verkäufer, d. h. er hat, wenn er in Folge zufälliger Unmöglichkeit der Erfüllung von seiner Verbindlichkeit ganz oder theilweise befreit worden ist, insoweit keinen Anspruch auf die Gegenleistung, er kann den Kaufpreis nicht fordern, weil dieser nur als Aequivalent für die Kaufsache versprochen worden ist und die Erfüllung der Verbindlichkeit des Verkäufers vermittelst Uebergabe der Kaufsache daher als Bedingung des Anspruchs auf die Gegenleistung sich darstellt. Die Tragung des periculum wie die Pflicht zur custodia ergeben sich somit aus der Natur und dem Wesen des Vertrags selbst, beides sind für sich bestehende Folgen des Vertrags und fehlt es an jedem Grunde, wegen der einen Pflicht den Käufer der anderen zu entheben.

Dagegen wird man der schon von Suarez gemachten Bemerkung beitreten müssen, daß es der Billigkeit widerstreitet, den Käufer, der die Sache noch nicht in seinem Gewahrsam hat und über dieselbe noch nicht verfügen kann, der insbesondere nicht in der Lage ist, irgend Vorkehrungen zu ihrer Erhaltung und Sicherheit treffen zu können, um sie vor der ihr drohenden Gefahr zu schützen, dennoch für schuldig zu erklären, die Gefahr der Sache zu tragen und demzufolge den vollen Kaufpreis zu bezahlen, wenn die Sache vor ihrer Tradition durch Zufall untergegangen oder verschlechtert worden ist. Es wäre dies um so unbilliger, als der Verkäufer, wenn ihn die Gefahr

nicht trifft, nur ein untergeordnetes Interesse hat, die erforderlichen Vorkehrungen gegen die Gefahr zu treffen, zumal als es der Regel nach äußerst schwierig, oft unmöglich sein wird, zu erheben, ob der Untergang oder die Verschlechterung der Kaufsache durch Zufall oder durch eine von dem Verkäufer zu vertretende Verschuldung herbeigeführt worden ist. Das Interesse an der Erhaltung der Sache und die Möglichkeit, für deren Erhaltung zu sorgen, ist daher durch das römische Prinzip in einer auch vom ökonomischen Standpunkt bedenklichen Weise getrennt, während das deutsch-rechtliche Prinzip diese unnatürliche Trennung vermeidet und, indem es die Gefahr bis zur Tradition bei dem Verkäufer läßt, diesen dadurch zugleich anspornt, für die Erhaltung und den Schutz der Sache alle Sorge zu tragen, um sich nicht die Erfüllung des Vertrags unmöglich zu machen und in Folge dessen den Kaufpreis zu verlieren.

Es spricht aber auch weiter für den deutsch-rechtlichen Satz die Praktikabilität desselben. Alle die vielen oben besprochenen Streitfragen und Schwierigkeiten, welche sich bei der Anwendung des römischen Satzes ergeben, werden gezeigtermaßen durch den deutsch-rechtlichen Satz abgeschnitten, welcher damit zur Einfachheit und Klarheit des Rechts in beachtenswerther Weise beiträgt und die so wünschenswerthe Rechtssicherheit in hohem Grade fördert. Hierzu kommt, wie Suarez in seinen Vorträgen bei der Schlußrevision des preußischen Landrechts hervorgehoben hat und auch in den hessischen Motiven betont wird, daß durch den deutsch-rechtlichen Satz schwierige Liquidationsprozesse abgeschnitten werden, welche durch den Anspruch des die Gefahr tragenden Käufers auf die commoda hervorgerufen werden, ein gleichfalls im Interesse der Rechtssicherheit erwünschtes Ergebniß.

Weiter kommt in Betracht, und ist von nicht unerheblichem Gewicht, daß schon die Gesetzgebungen von Preußen und Oesterreich mit dem römischen Satz

entschieden gebrochen haben und der preußische Entwurf von 1831, sowie der hessische, der bayerische und der Dresdener Entwurf diesem Vorgang gefolgt sind, auch das Bernische Civilgesetzbuch von 1824 auf denselben Boden sich gestellt hat und der Entwurf des Zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuchs gleichfalls das deutschrechtliche Prinzip angenommen hatte, während das Gesetzbuch selbst zwar zu dem römischen Prinzip, aber nur mit einer sehr wesentlichen Modifikation zurückgekehrt ist. Weiter zeigen auch die oben angeführten neueren Gesetze über die Gewähr der Mängel beim Viehhandel, daß die neuere deutsche Gesetzgebung überwiegend dem deutschen Prinzip zugeneigt ist. Das französische Recht stimmt zwar im Resultat mit dem römischen Recht überein; da aber auch das Eigenthum schon mit Schließung des Vertrags auf den Käufer übergeht, so steht in Frage, ob nicht der gleichzeitige Gefahrübergang als eine Folge hiervon betrachtet wurde (vgl. auch Dresdener Protokolle S. 864, 4056). Es bleibt daher unter den neueren Gesetzbüchern nur das sächsische b. Gesetzbuch, welches das römische Prinzip rein festgehalten hat. Die Bedeutung dieses Vorgangs darf nicht unterschätzt werden; ein entscheidendes Gewicht kann aber darauf nach dem Gang, den die sonstige Gesetzgebung genommen hat, um so weniger gelegt werden, als die Motive sich zur Rechtfertigung lediglich auf den konservativen Standpunkt stellen, ohne die gegen das Prinzip sprechenden Bedenken weiter zu beachten oder sonst Neues zur Begründung des festgehaltenen Prinzips beizubringen.

Entspricht hiernach das deutsch-rechtliche Prinzip der juristischen Logik, wie der Billigkeit, hat dasselbe ferner vom Standpunkt der Praktikabilität entschiedene Vorzüge, so ist damit zugleich der Vorschlag einer Theilung der Gefahr zwischen Käufer und Verkäufer beseitigt, der einer juristischen Grundlage entbehrt und alle die Schwierigkeiten und Streitfragen, welche das römische Prinzip hervorgerufen hat, in verstärkter und vermehrter Auflage in

seinem Gefolge hätte. Wahr ist es freilich, daß es für Jeden, der von einem zufälligen Schaden betroffen wird, hart ist und diese in der Natur der Sache liegende Härte sich geltend macht, ob nun der Käufer oder der Verkäufer den Schaden zu tragen haben. Aber diese Härte wird durch eine Theilung der Gefahr nicht aufgehoben, sondern nur für den einen Theil auf Kosten des andern gemildert, welcher nach juristischer Logik frei sein sollte und nun durch die Theilung der Gefahr nur um so härter betroffen würde. Die für eine solche Theilung herbeigezogenen Grundsätze der Moral können auf dem Boden des Rechts ausschlaggebend nicht in Betracht kommen. Die moralische Pflicht, Anderen ihren Schaden tragen zu helfen, kann nicht die Grundlage der Gesetzgebung über die Tragung der Gefahr bilden.

Zu der Lehre von den sog. Verträgen zu Gunsten Dritter.

Von Ober-Trib.-V.-Präsident Dr. v. Kübel.

Die in dem römischen Rechte geltende Rechtsregel, wonach Jeder für sich selbst zu handeln hatte und demgemäß einestheils Jeder nur im eigenen Namen und nicht im Namen und als (direkter) Stellvertreter eines Andern handeln konnte (nemo alieno nomine agere potest), anderntheils Jeder nur im eigenen Interesse, zu seinem eigenen Vortheil, nicht aber im Interesse und zu Gunsten eines Andern mit rechtlicher Wirkung zu handeln vermochte (alteri stipulari nemo potest), ist mit den Bedürfnissen des heutigen Rechts- und Verkehrslebens unvereinbar. Demzufolge hat sich in Absicht auf die erstgedachte Richtung der Rechtsregel längst ein entgegengesetztes Gewohnheitsrecht gebildet und steht das Prinzip der direkten Stellvertretung nicht nur für das gemeine Recht fest, sondern es hat dasselbe auch in der neueren Gesetz-

gebung überall Anerkennung gefunden und wird demgemäß durch einen Vertrag, welchen Jemand als Stellvertreter im Namen eines Andern geschlossen hat, der Vertretene, bei auftragsloser Stellvertretung unter der Voraussetzung seiner Genehmigung, in gleicher Weise berechtigt und verpflichtet, wie wenn er selbst in eigener Person den Vertrag geschlossen hätte, während der Stellvertreter außerhalb des Obligationsverbandes bleibt. Eine Reihe von Erscheinungen des heutigen Rechtslebens drängt aber zur Beseitigung der Rechtsregel des römischen Rechtes auch in der zweitgedachten Richtung, und ein unbeweisbares wirthschaftliches Bedürfniß verlangt, daß wenn Jemand in einem Vertrag eine Leistung an einen außerhalb des Vertrages stehenden Dritten versprochen hat, von dem Rechte nicht nur die Giltigkeit und Wirksamkeit des Vertrages unter den Vertragschließenden anerkannt, sondern auch, wenn der Wille der Vertragschließenden hierauf gerichtet ist, dem Dritten ohne sein Zuthun aus dem zu seinen Gunsten gemachten Versprechen und kraft desselben ein unmittelbares, selbstständiges, eigenes Forderungsrecht zuerkannt werde. Während nach römischem Rechte der Regel nach durch einseitige Verfügungen einem Dritten nur auf den Todesfall ein Vermögensvortheil zugewandt werden konnte und nur ausnahmsweise solche Fürsorge für Dritte unter Lebenden gestattet war, bietet der Vertrag auf Leistung an einen Dritten ein Mittel, diese Fürsorge für Dritte auch durch einseitigen Willensakt unter Lebenden eintreten zu lassen, und es fehlt nicht nur an einem innern Grunde, welcher die Anerkennung der rechtlichen Wirksamkeit solcher Verfügungen und die Begründung eines Forderungsrechtes des Dritten durch dieselben verbieten könnte, sondern es sprechen vielmehr überwiegende Gründe sowohl vom ethischen, wie vom wirthschaftlichen Standpunkte dafür. Man kann dahingestellt lassen, ob die Anerkennung, welche eine Reihe von Verträgen auf Leistung an einen Dritten im heutigen Rechtsleben gefunden haben, auf eine Verschieden-

heit der ethischen Anschauungen der Gegenwart von denjenigen der Römer sich zurückführen lassen.[1] Immerhin ist es den heutigen ethischen Anschauungen entsprechend, die Fürsorge für Andere nicht blos in dem letzten Willensakte unseres Lebens zu bethätigen, sondern auch durch Willensakte unter Lebenden die Interessen Anderer wahrzunehmen und für sie zu sorgen. Es mag in dieser Beziehung beispielsweise an die Lebensversicherungsverträge zu Gunsten Dritter erinnert werden, in welchen der Verkehr die entsprechende Form geschaffen hat, um ein auf der moralischen Grundlage der Fürsorge für die Seinigen beruhendes, der Volkswohlfahrt förderliches wirthschaftliches Ziel der Sicherung der Existenz der Angehörigen des Versicherungsnehmers durch Verschaffung einer nach dessen Tod an jene zu bezahlenden Summe zu erreichen. In dieselbe Kategorie von nicht geringerer wirthschaftlicher Bedeutung gehören der Einkauf der Ehefrau in eine Wittwenkasse, die Sparkasseneinlagen für Dritte, die Leibrentenverträge zu Gunsten Dritter, ferner die bäuerlichen Gutsübergaben mit Ausmachung einer Abfindung für Dritte, namenlich für die Geschwister des Gutsübernehmers, mit Bestellung eines Leibgedings für die Wittwe oder einzelne Kinder des Gutsübergebers, oder mit sonstigen Begünstigungen für dritte Personen; desgl. die Ehe- und Erbverträge mit Zuwendungen an Dritte, namentlich mit Vorbehalt vermögensrechtlicher Vortheile für Kinder erster Ehe; weiter sind hierher zu zählen die Versicherung für fremde Rechnung[2], die Schenkungen mit Auflage der Herausgabe an einen Dritten; Verkäufe mit Abrede von Leistungen an Dritte, wie z. B. des Schlüssel- oder Handgeldes an die Ehefrau des Verkäufers, des Strick- oder Halftergeldes an den Knecht des Verkäufers beim Vieh-

[1] **Unger** in Iherings Jahrb. Bd. X. S. 1 ff.; vgl. Württ. Archiv Bd. XIII. S. 449 ff.

[2] Vgl. **meine** Abh. in der Zeitschr. von **Malß** Bd. I. S. 365 ff.

oder Pferdehandel, desgl. des Eintritts des Käufers in einen von dem Verkäufer geschlossenen Mieth- oder Pachtvertrag. Alles dies sind Verträge, deren bezügliche Bestimmungen wesentlich die Fürsorge für dritte Personen zum Zweck haben. Wo aber in dieser Weise in den Erscheinungen des Rechtslebens eine allgemeine Rechtsüberzeugung zu Tage tritt, ist es die Aufgabe der Gesetzgebung, das positive Recht hiermit in Einklang zu setzen und durch geeignete Bestimmungen die erfolgreiche Realisirung eines Zweckes zu sichern, dessen Förderung ebensosehr vom ethischen, wie vom wirthschaftlichen Standpunkte sich empfiehlt. Es führt dies mit nothwendiger Konsequenz darauf, den Verträgen mit dem Versprechen von Leistungen an Dritte volle und unbeschränkte Wirksamkeit zuzuerkennen und auch dem Dritten, sofern dies im Willen der Vertragschließenden gelegen erscheint, ein eigenes, unmittelbar aus dem Versprechen entspringendes Forderungsrecht einzuräumen. Nur auf diese Weise wird der mit den fraglichen Verfügungen verfolgte Zweck vollständig gesichert und das aus den Bedürfnissen des Rechts- und Verkehrslebens herausgewachsene Institut in zweckentsprechender Weise geregelt.

Neben den bereits erwähnten Fällen der Verträge auf Leistungen an Dritte, bei welchen das ethische Motiv der Fürsorge für Dritte mehr oder weniger im Vordergrund steht, kennt das Rechtsleben einen weiteren Fall solcher Verträge von wirthschaftlicher Bedeutung, bei welchen jenes Motiv zurück- und das eigene Interesse des Versprechensempfängers in den Vordergrund tritt, wenn Jemand, wie dies insbesondere bei Geschäftsabtretungen, sowie bei der Veräußerung von Immobilien häufig vorkommt, in dem Vertrage mit dem Abtretenden oder Veräußerer die Befriedigung der Gläubiger desselben übernimmt. Soll dadurch nur für den Schuldner das Recht begründet werden, von dem Versprechenden die Befriedigung seiner Gläubiger zu fordern, handelt es sich also nur

um eine einfache Zahlungsübernahme, so gehört der Fall nicht hierher, da hier das Versprechen zwar möglicherweise im praktischen Erfolge zu Gunsten des Dritten wirkt, eine rechtliche Wirkung für diesen aber durch das Versprechen nicht entsteht. Geht dagegen die Absicht des Versprechenden dahin, durch sein Versprechen der Befriedigung des Gläubigers Schuldner des Letzteren zu werden, so handelt es sich hierbei allerdings um die rechtliche Wirkung des Versprechens zu Gunsten eines Dritten. Will jedoch der Versprechende die Schuld anstatt des bisherigen Schuldners, unter Befreiung desselben übernehmen (privative Schuldübernahme), so kann diese Wirkung ohne Zustimmung des Gläubigers nicht erzielt werden.

Der schon geäußerten Ansicht, daß in Folge der Zulassung der direkten Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen die Frage nach der Rechtswirkung und Giltigkeit der Verträge auf Leistung an einen Dritten einen großen Theil ihrer praktischen Bedeutung verloren habe, wird man nicht beitreten können. Es handelt sich hier um wesentlich verschiedene, sich gegenseitig geradezu ausschließende Fälle, wenngleich dieselben insbesondere in früherer Zeit häufig vermischt worden sind. Denn während bei der Vertragschließung durch einen Stellvertreter dieser die Geschäfte des Vertretenen, sei es mit oder ohne Auftrag besorgt und in dessen Namen handelt, der Vertretene daher der Kontrahent ist und der Vertreter den Vertrag nur statt seiner abschließt, führt bei dem Vertrag auf Leistung an einen Dritten Derjenige, welcher sich die Leistung an einen Dritten versprechen läßt, sein eigenes Geschäft, er handelt in eigenem Namen und nur zum Vortheil des Dritten, er ist selbst der Vertragschließende und der Dritte steht außerhalb des Vertrages.

Nach dem im römischen Recht geltenden Grundsatz: „alteri stipulari nemo potest“ hatte der Vertrag auf Leistung an einen Dritten regelmäßig überhaupt keine rechtliche Wirkung, so daß aus dem Versprechen der Leist-

ung an einen Nichtkontrahenten nicht nur für den Dritten, sondern auch für den Versprechensempfänger ein Forderungsrecht nicht begründet wurde. In beiderlei Richtungen hat jedoch schon das römische Recht Ausnahmen anerkannt. Dem Versprechensempfänger giebt es eine Klage, wenn er die Leistung an den Dritten seines eigenen Interesse wegen oder unter einer Konventionalstrafe bedungen hatte. Der Dritte aber erwirbt ausnahmsweise ein Klagerecht bei der Schenkung mit der Auflage der Herausgabe an einen Dritten, bei der Dosbestellung mit Restitutionsversprechen zu Gunsten der Frau oder ihrer Deszendenten als Dritten, bei der Hinterlegung oder Leihe mit der Bestimmung der Herausgabe der Sache an einen Dritten, beim Versprechen zu Gunsten der Erben oder eines der Erben des Versprechensempfängers, sowie beim Vorbehalt des Wiedereinlösungsrechtes seitens des verkaufenden Pfandgläubigers zu Gunsten des Pfandeigenthümers. Den wirthschaftlichen Bedürfnissen, wie solche im Rechtsleben sich geltend machen, konnte dies aber für die Dauer nicht genügen; es ist daher auch die gemeinrechtliche Theorie und Praxis in Deutschland, obwohl unter fortwährenden Schwankungen, von jeher weiter gedrängt worden und in der neueren Zeit neigen sich beide mehr und mehr dahin, den Vertrag auf Leistung an einen Dritten nicht nur als für die Vertragschließenden giltig und bindend anzuerkennen, sondern auch dem Dritten ein Forderungsrecht einzuräumen, wobei freilich in Absicht auf die juristische Konstruktion des letzteren Forderungsrechtes die Meinungen wieder sehr auseinandergehen und die Abhängigkeit vom römischen Rechte sich immer wieder mehr oder weniger geltend macht.[3] Die Konstruktionsfrage hat aber nicht blos eine theoretische, sondern auch wegen der verschiedenen Konsequenzen, die

[3] Zur Dogmengeschichte vgl. insbesondere **Gareis**, Vertr. zu Gunsten Dritter, S. 51—149; **Buchka**, Stellvertr. S. 121—187; auch **Unger** in den Dogm. Jahrb. X. S. 68—81; in Absicht auf die Praxis vgl. **Gareis** a. a. O. S. 184—203.

sich vom Standpunkte der einen und anderen Konstruktion ergeben, eine entschieden praktische Bedeutung, und es wird daher kaum einer besonderen Rechtfertigung bedürfen, wenn in Folgendem der Versuch unternommen wird, zur Lösung der Konstruktionsfrage einen Beitrag zu liefern.

Im Grunde genommen sind es zwei Hauptgruppen von Ansichten, die sich gegenüberstehen, deren eine Diejenigen in sich vereinigt, welche es für eine rechtliche und logische Unmöglichkeit halten, daß der Dritte ohne seine Mitwirkung unmittelbar aus dem einem Andern gegenüber zu seinen Gunsten gegebenen Versprechen ein eigenes Forderungsrecht erwerben könne, während in der andern Gruppe sich Diejenigen befinden, welche dieses Dogma nicht anerkennen.

Die Anhänger des gedachten Dogmas suchen sich auf sehr verschiedene Weise zu helfen, um dem nicht abzuweisenden Bedürfnisse der Begründung eines Forderungsrechtes des Dritten gerecht zu werden. Die Einen, und ihre Ansicht war früher die herrschende, lassen für den Dritten zwar ein eigenes, selbstständiges Forderungsrecht entstehen, aber nur unter der Voraussetzung, daß er zuvor das zu seinen Gunsten gegebene Versprechen angenommen habe oder dem Vertrage beigetreten sei (Beitritts- oder Acceptationstheorie); die Andern geben zwar dem Dritten auch ohne Acceptation von seiner Seite ein Klagerecht, aber nicht ein eigenes, sondern ein von dem Versprechensempfänger abgeleitetes, wobei von den Einen stillschweigende Cession unterstellt, von den Andern nur eine stillschweigende Ermächtigung des Dritten zur Klage, ein fingirtes Mandat angenommen wird (Anwachsungstheorie). Alle diese Ansichten stimmen dann aber wieder darin überein, daß sie im Verhältniß der Kontrahenten unter sich den Vertrag auf Leistung an einen Dritten als giltig und verbindlich anerkennen. Die Beitritts- oder Acceptationstheorie folgert daraus die Gebundenheit des Versprechenden an sein Wort bis zur Acceptation des

Versprechens durch den Dritten; die Anwachsungstheorie gründet darauf das Klagerecht des Versprechensempfängers, das sie von diesem dann wieder auf den Dritten übergehen läßt. Diese Theorien verlieren ihren Boden, sobald man das Dogma aufgiebt, aus dem sie erwachsen sind, und anerkennt, daß aus dem zu Gunsten eines Dritten gemachten und von einem Anderen empfangenem Versprechen der Dritte ohne seine Mitwirkung unmittelbar berechtigt werden kann, wenn der Wille der Vertragschließenden darauf gerichtet ist. Denn wenn in diesem Falle der Dritte schon kraft jenes Willens forderungsberechtigt wird, ist seine Acceptation oder sein Beitritt bedeutungslos, und wenn er ein eigenes aus dem Versprechen für ihn erwachsenes Forderungsrecht hat, bedarf er des abgeleiteten nicht. Die besagten Theorien werden aber auch weder dem Willen der Vertragschließenden gerecht, noch entsprechen sie dem praktischen Bedürfnisse. Nach der Acceptationstheorie stellt sich das zu Gunsten des Dritten gegebene Versprechen dem Dritten gegenüber wesentlich nur als ein Vertragsantrag (von Gareis als Kollektivofferte bezeichnet) dar, während ein Forderungsrecht des Dritten erst durch den vermöge seiner Acceptation des Antrags zu Stande kommenden neuen Vertrag begründet wird. Dies entspricht aber dem Willen der Vertragschließenden nicht, welche den Dritten ohne sein Zuthun durch das zu seinem Gunsten gegebene und empfangene Versprechen forderungsberechtigt machen wollen, und es steht ferner im Widerspruch mit den Erscheinungen und Gestaltungen, wie sie im Rechtsleben hervortreten. So entsteht z. B. nach den Statuten aller Lebensversicherungsanstalten dem Dritten, zu dessen Gunsten Jemand sein Leben versichert hat, der Anspruch auf die versicherte Summe mit dem Tode des Versicherungsnehmers, ohne daß es eines Beitritts des Dritten oder einer Acceptation desselben bedürfen würde, und dasselbe wiederholt sich auch in einer Reihe von anderen Fällen, in welchen das Leben

von einer Acceptation Nichts weiß. Manche wollen zwar in diesen Fällen die Acceptation des Versprechens in der Geltendmachung der Forderung aus demselben finden; allein damit wird in den Willen des Fordernden Etwas hineingelegt, was nicht in ihm liegt. Denn wer eine Forderung aus einem Versprechen geltend macht, gibt damit zu erkennen, daß er sich als durch das Versprechen bereits forderungsberechtigt erachtet, nicht aber will er durch die Geltendmachung der Forderung diese erst begründen und durch Acceptation des Versprechens einen zu der Forderung ihn erst berechtigenden Vertrag schließen. Was aber die Anwachsungstheorie betrifft, so hat diese, indem sie das Forderungsrecht von dem Versprechensempfänger mittelst stillschweigender Cession oder Mandats auf den Dritten übergehen läßt, damit zu ihrer nothwendigen Voraussetzung, daß dem Versprechensempfänger durch den Vertrag jenes Forderungsrecht begründet worden sei. Gerade dies ist aber entschieden zu verneinen; denn der Empfänger des zu Gunsten eines Dritten gegebenen Versprechens ist in keinem Momente zu demjenigen berechtigt, was der Inhalt des Forderungsrechtes des Dritten ist, ihm wird die Leistung selbst gar nicht versprochen, sondern es geht das Versprechen nur dahin, die Leistung an den Dritten zu machen, und wenn nach der aus dem Inhalt des Vertrages oder der Natur des Geschäftes erhellenden Absicht der Vertragschließenden für den Versprechensempfänger ein Forderungsrecht aus dem Vertrage entsteht, so ist es ein anderes Forderungsrecht als dasjenige, welches dem Dritten erworben werden soll. Der Ehemann z. B., welcher seine Frau in eine Wittwenkasse einkauft, will seiner Ehefrau einen Anspruch auf eine lebenslängliche Pension nach seinem Tode verschaffen; dieser Anspruch steht ihm aber selbst zu keiner Zeit zu; er hat sicherlich Interesse an dem Vertrage und auch Ansprüche aus demselben, aber einen Anspruch auf die Pensionssumme hat er nicht. Ebenso verhält es sich, wenn Jemand zu Gunsten eines Dritten

sein Leben versichert, um die nach seinem Tode zu bezahlende Versicherungssumme Jenem zu verschaffen. Er selbst will einen Anspruch hierauf gar nicht erwerben und er hat auch zu keiner Zeit einen Anspruch hierauf. Man denke ferner an die bäuerlichen Gutsübergaben mit Bestellung eines Leibgedings für die Wittwe des Uebergebenden; für die Wittwe soll hier nach dem Tode des Uebergebenden ein Anspruch auf ein Leibgeding entstehen, der Letztere selbst will einen Anspruch darauf überall nicht erwerben und erwirbt ihn auch nicht. Ebenso verhält es sich, wenn bei einer Gutsübergabe Abfindungen für Dritte bedungen, wenn in Eheverträgen einzelnen Kindern Vortheile zugewendet werden u. s. f.; in allen diesen Fällen will der Versprechensempfänger für sich ein Forderungsrecht auf die Leistung in Frage nicht erwerben, sondern für den Dritten ein solches begründen, und wird daher für Jenen das Forderungsrecht, das der Dritte erhalten soll, auch nicht erworben. Ein Recht, das der Versprechensempfänger nicht hat, kann derselbe aber weder der Ausübung nach durch Mandat, noch materiell durch Zession auf den Dritten übertragen, und es wäre die Annahme eines Durchgangs des Forderungsrechtes durch die Person des Versprechensempfängers eine reine Fiktion, welche mit dem Willen der Vertragschließenden und dem Zwecke des Vertrages in direktem Widerspruch stände. Allerdings gibt es Fälle, wo auch für den Versprechensempfänger ein Forderungsrecht auf Erfüllung des ihm gegebenen Versprechens begründet werden kann; aber dieses Forderungsrecht ist nicht das Forderungsrecht des Dritten, es kann nur die Erfüllung der dem Versprechenden gegen den Dritten obliegenden Verbindlichkeit zum Gegenstand haben, es kann nur darauf gehen, daß der Versprechende dem Dritten leiste, da er nur dieses dem Versprechensempfänger versprochen hat; das Forderungsrecht auf die Leistung selbst aber hat vom Anfang an nur der Dritte, dem es unmittelbar aus dem Versprechen erworben wird.

Hiernach bleibt nur die Ansicht Derjenigen übrig, welche mit der römischen Rechtsregel vollständig gebrochen haben und davon ausgehen, daß einem Dritten ohne seine Mitwirkung unmittelbar durch den Willen der den Vertrag zu seinen Gunsten Schließenden ein Forderungsrecht erworben werden könne und lediglich der in dem Vertrag erklärte Wille der Vertragschließenden, für die Entstehung des Forderungsrechts maßgebend sei.

Nicht soweit vorgeschritten sind die meisten der neueren Gesetzgebungen und Gesetzentwürfe; die älteren unter ihnen tragen ohnedies den sichtlichen Stempel des Entwickelungsstadiums der Doktrin zur Zeit ihrer Entstehung, und auch die Gesetzgebungsarbeiten der Neuzeit haben sich mit Einer Ausnahme nicht auf den Standpunkt gestellt, welchen die jüngste Entwickelung der Theorie der sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter einnimmt. Das württ. L. R. v. 1610 III. 8 §. 4 handelt von den Verträgen zu Gunsten Dritter nur bei den Eheverträgen (Heurathspakten); die in diesen zu Gunsten Dritter für den Todesfall der Eheleute getroffenen Bestimmungen werden aber als giltig und wirksam, sowohl unter den vertragschließenden Eheleuten, als auch in Absicht auf den außerhalb des Vertrags stehenden Dritten anerkannt, nur daß den Paziszenten ein Widerrufsrecht bis zu ihrem Tode eingeräumt ist. Das bayer. L. R. von 1756 Th. IV. Kap. 1 §. 13 läßt ohne Mitwirkung des Dritten aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage kein Klagerecht entstehen, indem dasselbe Stipulationen auf Leistungen an Dritte nur insoweit als giltig anerkennt, als dieselben ihnen nützlich sein mögen und nach der Hand von ihnen ratifizirt oder angenommen werden. Sofern hier von „Ratifikation" die Rede ist, scheint der Versprechensempfänger als auftragsloser Stellvertreter gedacht zu sein, während der Ausdruck „Annahme" für die Auffassung des Versprechens zu Gunsten Dritter als Offerte spricht und insoweit das Gesetzbuch auf dem Boden der Acceptationstheorie steht. —

Letzteres gilt auch von dem preußischen Landrecht (1794) Th. I. Tit. 5 §§. 74—77 (übereinstimmend der preußischen Entw. von 1831 I. 5 §§. 68—71, Motive S. 59—61). Dasselbe anerkennt zwar prinzipiell die Giltigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter, gibt aber dem Dritten, der an dem Vertrage weder unmittelbar noch mitttelbar (durch Stellvertretung) Theil genommen hat, ein Klagerecht nur im Falle seines (ausdrücklichen) Beitritts zu dem Vertrage, der jedoch nur mit Bewilligung der Hauptparteien (oder, nach der Auslegung der Praxis, wenigstens Desjenigen, welcher den Vortheil des Dritten sich hat versprechen lassen) erfolgen kann. Insolange, als die Kontrahenten dem Dritten den Beitritt nicht angetragen haben, können sie den Vertrag im Einverständniß unter sich (nicht aber einseitig) abändern oder aufheben; nach gemachtem Antrag zum Beitritt müssen die Kontrahenten die Erklärung des Dritten über die Annahme abwarten, sie sind also während der Erklärungsfrist auch dem Dritten gegenüber an ihr Wort gebunden.[4] So ausnahmslos diese Bestimmungen sind, anerkennt doch die preußische Praxis, gedrängt durch die Bedürfnisse des Rechtslebens, bei Gutsübergabeverträgen zwischen den Eltern und einem ihrer Kinder mit Abfindungen zu Gunsten der anderen Kinder ein Klagerecht der letzteren, ohne deren vorgängige Beitrittserklärung zu erfordern, freilich, indem die fraglichen Verträge unter die Kategorie der Stellvertretung gebracht werden, sofern angenommen wird, daß die Eltern bei diesen Verträgen ihre Kinder vertreten.[5] Auch bei Lebensversicherungen läßt die Praxis ein unmittelbares Klagerecht des versicherten Dritten ohne Beitritt entstehen, wofür übrigens die Bestimmung des Landrechts selbst (II. 8 §. 2280) einen An-

---

[4] Förster, preuß. Privatrecht Bd. I. §. 75 S. 421 ff.; Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. II. §. 20 S. 40 ff.; Gareis a. a. O. S. 165 ff.

[5] Förster, a. a. O. Bd. I. S. 425—427; Dernburg, a. a. O. Bd. II. S. 41, 42; Gareis, a. a. O. S. 172—175.

haltspunkt bietet. — Das französische Recht (1804; Code civil Art. 1165, 1121 und 1973) hält noch an der Regel des römischen Rechts fest und läßt demzufolge nur in bestimmten Ausnahmefällen das Versprechen der Leistung an einen Dritten zu, welches aber bis zur Acceptation durch den Dritten widerrufen werden kann. Ob für Diesen durch die Acceptation ein Forderungsrecht begründet werde, oder ob ein solches nur für den Versprechensempfänger entstehe, läßt das Gesetz unentschieden. Auch über die zugelassenen Ausnahmen besteht Streit. Nach Art. 1121 ist Stipulation zu Gunsten eines Dritten zulässig „lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi même ou d'une donation que l'on fait à un autre". Die letztere Ausnahme hinsichtlich der Schenkung ist offenbar der Fall der cst. 3 Cod. de don. sub modo (8,55); was aber unter der condition d'une stipulation etc. zu verstehen sei, läßt Zweifeln Raum. Gareis findet darin die von Bähr, Regelsberger und ihm selbst betonte Nothwendigkeit der Kausalbeziehung des Versprechens zum Verhältniß zwischen Promittenten und Promissar ausgedrückt;[6] Unger findet darin ausgesprochen, daß der Promissar ein eigenes besonderes Interesse an der Leistung an den Dritten haben müsse. Im Art. 1973 ist sodann weiter bestimmt, daß ein Leibrentenvertrag auch zu Gunsten eines Dritten geschlossen werden könne, ohne daß über die Konsequenzen etwas gesagt wäre. — Das österreichische B. G. B. (1811) kennt überhaupt keine Verträge auf Leistung an einen Dritten; es kann nach §. 881, außer in den vom Gesetze bestimmten Fällen, Niemand für einen Anderen ein Versprechen annehmen; jene Fälle beziehen sich aber nicht auf die Verträge zu Gunsten Dritter, vielmehr sind es nur Fälle der Stellvertretung (vgl. insbesondere §§. 1017, 1019), und es gilt daher für das

---

[6] Vgl. auch Zachariä, französisches Civilrecht Bd. II. §. 346; Badisches L. R. Satz 1121.

österreichische Recht die Regel, daß Verträge auf Leistung an einen Dritten ungiltig sind, ganz ausnahmslos; nicht einmal die Ausnahmen des römischen Rechts sind zugelassen.[7] — Auch das züricher privatrechtliche G. B. (1855) §. 950 steht in dieser Frage auffallender Weise auf einem weit zurückliegenden Standpunkte, indem hiernach der Dritte, für welchen sich Jemand ohne Ermächtigung des Dritten eine Leistung versprechen läßt, ein Forderungsrecht nur nach den Grundsätzen der Geschäftsführung oder durch Zession erwerben kann. — Der hessische Entwurf (1853) I. Art. 191, 193 (Motive S. 105, 106) geht gleichfalls von der regelmäßigen Wirkungslosigkeit der Verträge auf Leistung an einen Dritten aus, läßt aber, im Anschluß an das römische Recht, für den Versprechensempfänger, wenn dieser in eigenem Interesse die Leistung an den Dritten sich hat versprechen lassen, ausnahmsweise ein Forderungsrecht auf Erfüllung des Versprechens entstehen und dieses Forderungsrecht vermöge fingirter Zession auf den Dritten übergehen. Auch wird, wenn das Versprechen zu Gunsten des Dritten unter einem Strafgeding gegeben worden, der nicht erfüllende Versprechende zur Strafzahlung an den Versprechensempfänger verpflichtet. — Der bayerische Entwurf (1860) II. Art. 33, 34 (Motive S. 65) schließt sich im wesentlichen an das preußische Landrecht an, und geht nur darin noch weiter auf das römische Recht zurück, als der Entwurf das Klagerecht des Versprechensempfängers von der Existenz eines eigenen vermögensrechtlichen Interesse desselben an der dem Dritten versprochenen Leistung abhängig macht. Das Forderungsrecht des Dritten aber läßt der Entwurf, wie das preußische L. R., nur dann entstehen, wenn der Dritte nach vorgängiger Aufforderung seitens der Vertragschließenden oder eines derselben dem Vertrage beige-

---

[7] Vgl. **Unger**, a. a. O. S. 97—100; **Gareis** a. a. O. S. 197.

treten ist, während bis zu erfolgter Aufforderung den Vertragschließenden die Aufhebung oder Abänderung des Vertrags in beiderseitigem Einverständniß gestattet wird, von der Aufforderung an aber während der Dauer der Erklärungszeit dieselben dem Dritten gegenüber an das Versprechen gebunden sind.[8] — Das sächsische B. G. B. (1863) §§. 853—856 hat sich der neueren Rechtsanschauung mehr genähert; dasselbe läßt Dritten ebenso wie dem Versprechensempfänger unmittelbar aus dem Vertrage ein Recht auf Erfüllung entstehen, wenn das Versprechen der Leistung an einen Dritten in der Absicht gegeben wurde, Beiden verpflichtet zu sein. Um dieses „Recht" zu einem „unabhängigen, selbstständigen Recht" zu machen, bedarf es aber weiter, daß der Dritte „dem Vertrage beitrete oder die zu seinen Gunsten gereichende Leistung annehme", während bis dahin der Versprechensempfänger den Versprechenden von der übernommenen Verbindlichkeit befreien kann. — Auch der dresdener Entwurf (1866) Art. 203—207 gibt dem Versprechensempfänger sowohl als dem Dritten ein Recht auf Erfüllung des zu Gunsten des Dritten gegebenen Versprechens; allein unmittelbar aus dem Vertrage erwirbt nach dem Entwurf nur der Versprechensempfänger ein Forderungsrecht, der Dritte ist nur zur Geltendmachung dieses Forderungsrechts ermächtigt, er hat nur actio mandata, soweit dies der Absicht der Vertragschließenden entspricht. Der Entwurf steht sonach auf dem Boden der oben sogenannten Anwachsungstheorie und zwar ist den Protokollen zufolge nach mehrfachen Schwankungen schließlich im Wesentlichen die Bähr'sche Theorie adoptirt worden (vgl. Prot. S. 667, 668, 4090 bis 4104). Die Konsequenz dieses Standpunktes hätte darauf führen müssen, den Widerruf des Mandats bis zu erfolgter Leistung an den Dritten zuzulassen; der Entwurf

[8] Vgl. auch Lang, der bayerische Entwurf II. S. 27, 28; Gareis a. a. O. S. 160—164.

schließt denselben jedoch, durch das praktische Bedürfniß gedrängt, schon dann aus, wenn der Dritte dem Schuldner erklärt hat, die Leistung für sich in Anspruch nehmen zu wollen, indem nach Analogie der Anweisung angenommen wurde, daß der Dritte sich hierdurch in ein selbstständiges Schuldverhältniß zu dem Dritten gesetzt habe, welches der Einwirkung des Versprechensempfängers entzogen sei. Weiter ist in dem Entwurf bestimmt, daß Forderungen des Schuldners an den Versprechensempfänger dem Dritten nicht in Aufrechnung gebracht werden können, was gleichfalls als eine den Bedürfnissen und Erscheinungen des Rechtslebens gemachte Konzession sich darstellt, die vom Standpunkte der actio mandata des Versprechensempfängers eine Inkonsequenz ist. Die gesammten Bestimmungen des Entwurfs sind hiernach nicht befriedigend, obwohl sie auf Grund sehr eingehender und alle die verschiedenen sich widerstreitenden Meinungen berücksichtigender Berathungen beschlossen worden sind[9] Man vermochte sich eben bei den Dresdener Berathungen von der überkommenen Regel des römischen Rechts nicht los zu machen, obwohl von zwei Seiten dafür eingetreten wurde, diese Regel zu verlassen und dem Dritten ein eigenes, selbstständiges, unmittelbar aus dem zu seinen Gunsten gegebenen Versprechen und ohne sein Zuthun ihm erwachsendes Forderungsrecht zuzugestehen,[10] auch von anderer Seite darauf hingewiesen worden ist, daß es sich dem Dritten gegenüber um ein einseitiges Versprechen und daher um die viel allgemeinere Frage handle, ob und unter welchen Voraussetzungen aus solchem Versprechen ein Forderungsrecht entstehen könne.[11] Diese Frage lag aber damals noch in den Windeln und die einer neuen Aera bahnbrechenden Schriften

[9] Vgl. Dresdener Prot. S. 647—680, 769, 770, 1309 bis 1324, 3758, 4097—4110 mit der Kritik von Unger, a. a. O. S. 107, 108 und Gareis, a. a. O. S. 182—184.

[10] Dresdener Prot. S. 661—665, 649—651.

[11] Dresdener Prot. S. 666.

gehören erst einer späteren Zeit an. — Auf dem Standpunkte der Anwachsungstheorie scheint auch eine Bestimmung des K. bayerischen Landtagsabschiedes vom 18. Febr. 1871 zu stehen, wonach, wenn bei dem Verkauf einer vermietheten Liegenschaft der neue Erwerber dem Veräußerer gegenüber zur Fortsetzung der Miethe während der noch übrigen Vertragszeit sich verbindlich gemacht hat, der Miether die Jenem hieraus zustehenden Ansprüche gegen den Ersteren geltend machen kann. — Nicht ganz klar ist der Standpunkt der neuesten gesetzgeberischen Arbeit, des schweizerischen Entwurfs von 1876 Art. 26—29; jedenfalls entspricht auch dieser nicht den Anforderungen, welche in Absicht auf die Regelung der Verträge auf Leistung an einen Dritten an die heutige Gesetzgebung zu stellen sind. Im Ausdruck schließt er sich nahe an den Dresdener Entwurf an; inwieweit aber die Aenderungen nur redaktioneller oder sachlicher Natur sind, läßt sich bei dem Mangel von Motiven schwer entscheiden. Es wird dem Versprechensempfänger ein Forderungsrecht auf Leistung an den Dritten und je nach dem Willen der Vertragschließenden auch dem Dritten das Recht zugesprochen, die Leistung zu verlangen. So wie die beiden Forderungsrechte neben einander gestellt sind, könnte es scheinen, daß damit dem Dritten ein eigenes, nicht von dem Versprechensempfänger abgeleitetes Forderungsrecht zugestanden werden wolle; es wird dies aber dadurch zweifelhaft, weil im Art. 27 der Versprechensempfänger im Gegensatz zu dem dritten Gläubiger genannt wird. Jedenfalls aber ist es verfehlt, daß dem Versprechensempfänger unter allen Umständen ein Forderungsrecht auf Leistung der Leistung zugesprochen wird, während regelmäßig die Entstehung eines solchen Forderungsrechts gar nicht gewollt sein wird. Der Ausschluß eines Widerrufsrechts des Versprechensempfängers wird in Uebereinstimmung mit dem Dresdener Entwurf davon abhängig gemacht, daß der Dritte dem Schuldner seine Absicht, von dem ihm zustehenden

Forderungsrechte Gebrauch zu machen, erklärt hat, eine Bestimmung, welche sich vom Standpunkte eines dem Dritten aus dem Versprechen entstehenden eigenen Forderungsrechtes nicht erklären ließe, und daher dafür spricht, daß der Schweizer Entwurf sich nur in der Fassung, in der Sache aber nicht vom Dresdener Entwurf unterscheidet. — Auf einem wesentlich verschiedenen Standpunkte steht das Königlich preußische Gesetz über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5. Mai 1872 im §. 41, indem hier ausgesprochen wird, daß, wenn der Erwerber eines Grundstücks die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen habe, der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage erwerbe, auch wenn er dem Uebernahmevertrag nicht beigetreten sei. Damit ist in Anwendung auf einen Fall der kumulativen Schuldübernahme mit dem Prinzip des römischen Rechtes, wie des preußischen Landrechtes radikal gebrochen, wie denn auch in den Motiven zur Rechtfertigung der fraglichen Bestimmung treffend gesagt ist, es sei in der modernen deutschen Rechtsentwickelung das Streben hervorgetreten, es für rechtlich zulässig zu erachten, daß der Dritte aus Verträgen Anderer ein direktes Recht erwerbe, wenn sich der Inhalt des Vertrages auf sein Recht beziehe, mithin der Wille der Kontrahenten darauf gerichtet sei, dem Dritten entweder ein Recht zu schaffen, oder auf ein schon vorhandenes Recht desselben einzuwirken. Den Intentionen der Parteien entspreche es aber präsumtiv, daß der Erwerber des Pfandgrundstückes, welcher dem Veräußerer gegenüber die Hypotheken in partem pretii übernehme, dadurch auch den Hypothekargläubigern persönlich verpflichtet werde. [12]

---

[12] Vgl. übrigens Achilles, die preußischen Gesetze über Grundeigenthum 2c. S. 66 Note 41, welcher die Bestimmungen des Landrechts in das neue Gesetz hinein zu interpretiren sucht; Förster, a. a. O. Bd. I. S. 690, 691, welcher des Gesetzes bei der Schuldübernahme erwähnt.

Man wird allen Grund haben, auf dem Boden stehen zu bleiben, auf welchen das zuletzt erwähnte Königlich preußische Gesetz sich gestellt hat, und demgemäß die Giltigkeit des in einem Vertrage gegebenen und empfangenen Versprechens der Leistung an einen bei der Vertragschließung weder unmittelbar, noch mittelbar betheiligten Dritten rückhaltslos anzuerkennen, und zwar in der Weise, daß je nach dem Willen der Vertragschließenden dadurch für den Dritten sowohl, wie für den Versprechensempfänger ein Forderungsrecht begründet werden kann. Beide Forderungsrechte sind jedoch, wie schon oben bemerkt, nicht identisch, es wäre denn der Vertrag dahin geschlossen, daß an den Dritten oder an den Versprechensempfänger geleistet werden könne. Abgesehen davon aber, wenn das Versprechen lediglich auf Leistung an den Dritten geht, ist damit nur dem Dritten die Leistung, dem Versprechensempfänger aber nur die Leistung der Leistung versprochen, und es kann daher aus dem Versprechen nur der Dritte ein Forderungsrecht auf die Leistung erwerben, der Versprechensempfänger, wenn er überhaupt ein Forderungsrecht in Absicht auf diese Leistung hat, kann nur die Leistung der Leistung fordern. Neben dem kann der Letztere sonstige Rechte aus dem Vertrage haben, was aber hier, wo es sich nur um das Versprechen der Leistung an den Dritten handelt, nicht weiter in Betracht kommt. Ob nur dem Dritten, oder nur dem Versprechensempfänger, oder Beiden ein Klagerecht zukomme, hängt von der Willensmeinung der Parteien im einzelnen Falle ab.[13] Im Zweifel, wenn aus den Worten des Vertrages und aus den Umständen etwas Anderes nicht erhellt, wird man jedoch unterstellen dürfen, daß der Dritte, an welchen dem Versprechen zufolge geleistet werden soll, auch das Recht haben solle, die Leistung von dem Versprechenden zu fordern. Es ist der regelmäßige Fall, daß das Versprechen der Leistung an

---

[13] Vgl. auch **Dresdener** Prot. S. 664.

einen Dritten gerade zu dem Zwecke gegeben und empfangen wird, um dem Dritten ein Forderungsrecht auf die Leistung zu verschaffen, wie dies schon oben mehrfach hervorgehoben worden ist, und es müssen besondere Umstände vorliegen, wenn die Leistung an einen Dritten versprochen wird, ohne daß derselbe auch forderungsberechtigt auf die Leistung werden solle. Hierdurch rechtfertigt es sich, im Zweifel das Forderungsrecht des Dritten als gewollt anzunehmen, und es empfiehlt sich dies auch vom praktischen Standpunkte. Es kann aber der Wille der Parteien auch dahin gehen, daß nur der Versprechensempfänger das Recht haben solle, zu fordern, daß die Leistung an den Dritten geschehe, wie z. B. wenn ein wohlthätiger Mann seinen Schuldner versprechen läßt, behufs Abtragung seiner Schuld gewissen Personen Almosen zu verabreichen; oder aber können die Parteien auch wollen, daß beide Forderungsrechte neben einander bestehen sollen, wozu insbesondere dann Anlaß gegeben sein kann, wenn der Versprechensempfänger ein besonderes Interesse dabei hat, daß die Leistung an den Dritten geschehe, wie z. B. wenn der Dritte ein Gläubiger des Versprechensempfänger ist, dessen Befriedigung der Versprechende übernommen hat.

Steht als der Wille der Vertragschließenden fest, daß dem Versprechensempfänger das Recht zustehen solle, die Leistung an den Dritten zu fordern, so bedarf es zu Begründung dieses Forderungsrechts nicht erst noch des Nachweises eines besonderen Interesses des Versprechensempfängers an der Leistung an den Dritten. Das eigene Interesse des Versprechensempfängers an dieser Leistung kommt nur insofern in Betracht, als ein solches zum Wesen eines jeden Rechtsgeschäfts gehört, damit dieses Sinn und Bedeutung habe. Von welcher Art aber das Interesse des Versprechensempfängers ist, welches er daran hat, daß an den Dritten geleistet werde, ist gleichgiltig; daß es ein Vermögensinteresse sei, ist in diesem Falle so wenig ein absolutes Erforderniß, als bei anderen Schuldverhältnissen,

es genügt jedes vernünftige Interesse, wenn es seinen Grund auch nur in reinem Wohlwollen gegen den Dritten hat.

Das Forderungsrecht des Dritten, wenn ein solches besteht, hat seinen Grund in dem zu Gunsten des Dritten von dem einen Vertragschließenden gegebenen und von dem andern empfangenen Versprechen, jedoch, wenngleich das Versprechen in dem Vertrage enthalten ist, nicht in diesem. Der Vertrag als solcher erzeugt nur unter den Vertragschließenden Rechte und Verbindlichkeiten, er schlingt nur um diese ein Band, dessen Ende die beiden Vertragschließenden in den Händen halten und dadurch sich gegenseitig binden, und ein Dritter kann in das Band nur eintreten, wenn der eine oder der andere Vertragschließende das eine Ende des Bandes ihm in die Hand gibt (Forderungs- und Schuldübertragung). Dem Dritten gegenüber, der außerhalb des Vertrags stehen bleibt, erscheint das in dem Vertrage enthaltene Versprechen der Leistung an ihn nur als eine einseitige Willenserklärung, das Versprechen ist im Verhältniß zu ihm ein einseitiges, und es ändert hieran Nichts, daß der Versprechende durch den Vertrag in Absicht auf sein Versprechen dem Versprechensempfänger gebunden ist, da dieses Band nicht von dem Dritten gehalten wird. Daß der Dritte ein Recht aus dem Versprechen erhält, läßt sich daher nur auf den in dem Versprechen im Einverständniß mit dem Versprechensempfänger ausgesprochenen einseitigen Willen des Versprechenden zurückführen, welcher dahin geht, daß kraft dieses Willens der Versprechende auch dem Dritten verpflichtet sein und demzufolge zwischen diesem und dem Versprechenden aus dem Versprechen gleichfalls ein Schuldverhältniß begründet sein solle. Es ist dieses Schuldverhältniß aber sowohl nach seinem Grund, wie nach seinem Inhalt von dem unter den Kontrahenten bestehenden verschieden. Denn während Letzteres seinen Grund in dem aus der Willenseinigung der Kontrahenten hervorgegangenen Vertrage hat, beruht das Schuldverhält-

niß zwischem dem Versprechenden und dem Dritten auf dem, Letzterem gegenüber einseitigen Versprechen des Ersteren, und während der Versprechensempfänger aus dem Versprechen der Leistung an den Dritten nur ein Recht auf Leistung dieser Leistung erwirbt, ist der Dritte zur Forderung der Leistung selbst berechtigt. Daß das Versprechen in dem Vertrage enthalten ist, kommt in Absicht auf die Begründung des Forderungsrechts des Dritten nur insofern in Betracht, als ein Versprechen, wenn es rechtliche Bedeutung haben soll, nicht in die Luft geschehen darf. Die Aufnahme des Versprechens der Leistung an den Dritten in den Vertrag und die darin liegende Empfangnahme des Versprechens seitens des andern Kontrahenten vertritt daher in diesem Falle die Erklärung an diesen selbst, und es wird hierdurch nach dem Willen der Vertragschließenden der Dritte berechtigt, obwohl der Versprechensempfänger das Versprechen in eigenem Namen und nicht in Vertretung des Dritten empfangen hat. Ihren Grund hat aber die Berechtigung des Dritten, wie bemerkt, in der rechterzeugenden Kraft des einseitigen Willens, welcher in dem Versprechen der Leistung an den Dritten dem Versprechensempfänger gegenüber erklärt worden ist. Von einer Seite, von welcher der Gedanke der einseitigen Erzeugung eines fremden Rechts für unjuristisch erklärt wird, ist dem gegenüber versucht worden, das Recht des Dritten auf die Acceptation des Versprechens durch den Versprechensempfänger zurückzuführen und demzufolge als eine Vertragswirkung darzustellen. Es sei, wird gesagt, die Berechtigung des Dritten ein adjectum des Vertrages in dem Sinne, daß hinsichtlich der Berechtigung des Dritten aus dem Vertrage eine besondere lex contractus vereinbart sei, welche, wie jede andere Vertragsbestimmung ihre Geltung dem geeinten Willen der Kontrahenten, auf Seiten des Versprechensempfängers also der Annahme verdanke (Gareis). Auch von anderer Seite, von welcher das Dogma der verpflichtenden Kraft einseitiger obligatorischer

Willenserklärungen prinzipiell anerkannt wird, wird die Anwendung auf die Verträge zu Gunsten Dritter bestritten, weil hier nicht Ein Wille es sei, welcher die Obligation hervorbringe, die Gebundenheit des Schuldners vielmehr durchweg eine vertragsmäßige sei (Unger). Allein wenn es auch unbestreitbar ist, daß das in einem Vertrage enthaltene Versprechen der Leistung an einen Dritten aus der Willenseinigung der Kontrahenten hervorgegangen ist, so scheint es ebenso unläugbar, daß im Verhältniß zu dem Dritten, der an der Vertragsschließung nicht Theil genommen hat, dieser geeinte Wille nur als ein einseitiger erscheint. Der Grund für die Verpflichtung des Versprechenden dem Dritten gegenüber und die Berechtigung von diesem aus dem Versprechen kann daher auch nicht in der Willenseinigung der Kontrahenten liegen, sondern nur in der bindenden Kraft des einseitigen Versprechens gefunden werden. Für den Dritten ist jene Willenseinigung an sich bedeutungslos, für ihn hat nur das in dem Versprechen manifestirte Resultat der Willenseinigung Bedeutung, nur dieses ihm zugewandte Versprechen ist es, worauf sein Recht sich gründet, und es entsteht dieses Recht aus dem Versprechen, weil der Versprechende kraft seines in dem Versprechen dem Versprechensempfänger gegenüber erklärten Willens sich selbst ein Gesetz gesetzt und hierdurch dem Dritten gegenüber sich gebunden hat. Das Forderungsrecht des Dritten entsteht somit aus dem Versprechen, weil der erklärte Wille des Versprechenden auf die Begründung dieses Forderungsrechts gerichtet und dieser einseitigen Willenserklärung eine rechterzeugende Kraft zuzuerkennen ist.

Die verpflichtende Kraft der einseitigen obligatorischen Willenserklärung wird zwar im Anschluß an das gemeine Recht und den Ausspruch verschiedener Landesgesetzgebungen (so des bayer. L.R. IV. c. 1. §. 2, des preuß. L.R. I. 5, §§. 2, 4, 5, des österr. B.G.B. §. 859 und des sächsischen B.G.B. §. 770) noch immer vielfach ge-

läugnet.[14] Allein schon das römische und das kanonische Recht haben, wenn auch nur in vereinzelten Ausnahmen (pollicitatio, votum, jurata operarum promissio) das einseitige Versprechen (solius offerentis promissum) als rechtsverbindlich und rechtswirksam anerkannt, woraus immerhin soviel erhellt, daß die römischen Juristen es mit dem Wesen des Schuldverhältnisses nicht unvereinbar gefunden haben, aus dem einseitigen nicht angenommenen Versprechen eine rechtliche Verbindlichkeit entstehen zu lassen. Und wenn auch die bestehenden Landesgesetzgebungen eine Verpflichtung aus dem nicht angenommenen Versprechen für die Regel nicht kennen, so statuiren doch schon das preußische L.R. I. 5, §§. 90—108, das österr. B.G.B. §. 862, deßgl. z. B. das H.G.B. Art. 318, welchem die Entwürfe von Bayern II. Art. 8—10, Dresden Art. 45, 48, Schweiz Art. 53—56 gefolgt sind, beim Vertragsantrage eine Gebundenheit des Antragenden während der Erklärungszeit und erkennen damit die selbstständige Verpflichtungskraft der einseitigen Willenserklärung an. Zwar besteht die bei dem Vertragsantrag in Frage stehende Gebundenheit zunächst nur darin, daß der Antragende während der Erklärungszeit zu seinem Worte stehen muß und den Antrag mit rechtlicher Wirkung nicht widerrufen kann, während die Verpflichtung zur Erfüllung des in dem Antrag enthaltenen Versprechens erst durch die Annahme des Antrags entsteht, welche nach dem Willen des Antragenden die Voraussetzung für jene Verpflichtung bildet. Allein indem der Antragende durch seinen Antrag sich bindet, die Annahme abzuwarten, verpflichtet er sich zugleich für den Fall der Annahme des Antrags zur Erfüllung seines in dem Antrag erhaltenen Versprechens und bildet daher dieses auch die Grundlage seiner Verpflichtung zur Erfüllung. Auch bei der Vertragsbildung liegt daher der Schwerpunkt

---

[14] Vgl. dagegen insbesondere Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund.

in der Willenserklärung des Versprechenden und es ist nicht der Gläubiger, welcher durch die Annahme den Schuldner sich bindet, sondern es verbindet Dieser sich Jenen durch sein Versprechen zu dessen Erfüllung. Allerdings tritt diese Verbindlichkeit, wenn die Absicht des Versprechenden auf Schließung eines Vertrages gerichtet ist, nur im Falle der Annahme des Versprechens ein, weil der in dem Vertragsantrag erklärte Wille auf Uebernahme der Verbindlichkeit nur für diesen Fall geht. Dieser Grund für das Erforderniß der Annahme fällt aber weg, wenn der Versprechende schon durch die einseitige Erklärung seines Versprechens sich verpflichten will, und da dem Bemerkten zufolge auch bei der Verpflichtung durch Vertrag deren letzter Grund in dem eigenen Willen des Verpflichteten liegt, so ist nicht erfindlich, warum dieser Wille nicht auch ohne Hinzutritt eines zweiten Willens eine Verpflichtung zur Erfüllung sollte zu begründen vermögen. Aus dem Wesen des Schuldverhältnisses läßt sich daher ein Grund nicht entnehmen, warum der einseitig erklärte Wille, sich zum Schuldner zu machen, zur Hervorbringung dieser Wirkung nicht sollte hinreichen können.

Demgemäß entsteht aus dem in einem Vertrage enthaltenen Versprechen der Leistung an einen Dritten in allen denjenigen Fällen ein Forderungsrecht des Letzteren, in welchem nicht aus den Worten des Vertrags oder aus den Umständen erhellt, daß dem Dritten ein Klagerecht nicht zustehen solle. Zu einer weiteren Beschränkung liegt ein genügender Grund nicht vor. Zwar wird von einer Seite angenommen, daß das Versprechen der Leistung an einen Dritten diesem nur dann ein Forderungsrecht gewähre, wenn die zu Gunsten des Dritten versprochene Leistung die Natur einer Gegenleistung für eine dem Versprechenden von dem Versprechensempfänger gemachte Vermögenszuwendung habe, was allerdings in der Mehrzahl der Fälle zutreffen wird. Von anderer Seite wird die Erwerbung des Forderungsrechts des Dritten von dem

Bestehen einer Kausalbeziehung des Versprechens zu einem zwischen dem Versprechenden und Versprechensempfänger bestehenden Verhältniß abhängig gemacht, während wieder Andere dem Dritten ein Forderungsrecht nur dann zugestehen wollen, wenn eine Vermehrung seines Vermögens, eine Liberalität beabsichtigt sei, oder wenn der Vertrag um des Interesses des Dritten willen geschlossen worden. Für alle diese Beschränkungen fehlt es jedoch an einem zureichenden Grunde.

Mit der Feststellung, daß für den Dritten je nach dem Willen der Vertragschließenden unmittelbar aus dem zu seinen Gunsten gegebenen und empfangenen Versprechen und ohne seine Mitwirkung ein eigenes, selbstständiges Forderungsrecht entstehe, ist über den Zeitpunkt der Entstehung des Forderungsrechts und die damit zusammenhängende wichtige Frage, wie lange das Versprechen wieder zurückgenommen oder abgeändert werden könne, noch nicht entschieden. Denn daraus, daß der Dritte, wenn die Vertragschließenden es wollen, ein Forderungsrecht auf die zu seinen Gunsten versprochene Leistung erwirbt, folgt nicht, daß das Forderungsrecht auch sofort mit der Abgabe des Versprechens entstehen müsse. Wohl aber folgt daraus, daß der in dem Vertrage erklärte Wille des Versprechenden es ist, in welchem der Grund für die Entstehung des Forderungsrechts zu suchen ist, daß auch nur eben dieser Wille dafür maßgebend sein kann, in welchem Zeitpunkte das Forderungsrecht des Dritten seine Entstehung erhalten soll. Es kann dieser Wille dahin gehen, daß das Forderungsrecht mit dem Zeitpunkte, in welchem das Versprechen der Leistung an den Dritten gegeben und empfangen worden, sofort auch entstehe, es kann aber der Wille auch sein, daß das Forderungsrecht erst nach einer gewissen Frist, oder bei einer gewissen Gestaltung der Verhältnisse, im Falle des Eintritts einer gewissen Bedingung oder Voraussetzung seine Entstehung erhalten solle, und dieser Wille kann entweder in dem Vertrage ausdrücklich ausgesprochen

sein, oder aus den Umständen erhellen. Eine allgemeine Regel läßt sich diesfalls nicht aufstellen, vielmehr muß von Fall zu Fall festgestellt werden, was als in dem Willen des Versprechenden gelegen anzunehmen sei. So wird z. B., wenn Jemand in einem Vertrage mit einem fremden Schuldner die Befriedigung eines Gläubigers desselben in dem Sinne übernimmt, daß dem Letzteren, unbeschadet seines Anspruchs gegen seinen bisherigen Schuldner, auch gegen den Uebernehmer ein Forderungsrecht zustehen solle, der Wille des Versprechenden auf sofortige Entstehung des Forderungsrechts gehen; dasselbe wird in der Regel der Fall sein, wenn der Käufer eines Wohnhauses dem Verkäufer verspricht, in einen von diesem geschlossenen Miethvertrag einzutreten, oder wenn der Gutsübernehmer sich behufs Abfindung seiner Geschwister zu gewissen Leistungen an diese verpflichtet; doch kann auch in diesem Falle das Forderungsrecht als ein betagtes oder bedingtes konstituirt und dadurch die Entstehung des Rechtes hinausgeschoben werden; so z. B. wenn der Gutsübernehmer erst vom Tage der Uebergabe des Gutes an, oder vom Tage der Auflassung an verpflichtet sein soll, die Leistungen an den Dritten zu prästiren, oder wenn sonst die Ausführung des Vertrages zur Bedingung der Entstehung des Forderungsrechtes des Dritten gemacht ist. Ein betagtes Forderungsrecht wird vorliegen, wenn z. B. Jemand sein Leben zu Gunsten seiner Wittwe, seiner Kinder, seiner Erben, eines Gläubigers oder sonst eines Dritten versichert, oder seine Ehefrau in eine Wittwenkasse eingekauft hat, oder sich ein Leibgeding für sie hat versprechen lassen. Denn hierin wird der Ausspruch gefunden werden müssen, daß der fragliche Anspruch auf die versicherte Summe, auf die Wittwenpension, auf das Leibgeding erst mit dem Tode des Versprechensempfängers dem Dritten entstehen solle u. s. w. Entsteht das Forderungsrecht des Dritten nicht sofort, so ist bis zur Entstehung des Forderungsrechtes der Versprechende in Absicht auf das Versprechen der Leistung an den Dritten

nur insoweit verpflichtet, als er dem Versprechensempfänger gegenüber in dem Vertrage mit diesem eine Verpflichtung übernommen hat, während er zu dem Dritten noch in keinem Rechtsverhältniß steht. Im Verhältniß zu diesem steht daher insolange einer Zurücknahme oder Aenderung des Versprechens Nichts im Wege und es kommt dem Dritten ein Einspracherecht hiegegen nicht zu, weil ihm der Versprechende noch nicht gebunden und ein Recht des Dritten aus dem Versprechen noch nicht entstanden ist. Bis zu dem Zeitpunkte, in welchem kraft des Versprechens ein Forderungsrecht für den Dritten entstehen soll, besteht für diesen nur eine thatsächliche Hoffnung, deren Realisirung insolange noch im Willen des Versprechenden steht, als nicht kraft dieses Willens der Versprechende zu dem Dritten selbst in ein Rechtsverhältniß getreten und ein Forderungsrecht für Letzteren entstanden ist. Eine ganz andere Frage ist es, ob und inwieweit der Versprechende dem Versprechensempfänger durch den Vertrag mit diesem in Absicht auf das Versprechen der Leistung an dem Dritten verpflichtet ist, eine Frage, welche sich lediglich nach den Bestimmungen des Vertrages beantwortet und das Rechtsverhältniß des Dritten nur mittelbar berührt. Ist aber dieser einmal forderungsberechtigt geworden und ein selbstständiges Forderungsrecht ihm erworben, so kann ihm dieses durch einseitige Zurücknahme des Versprechens nicht mehr entzogen werden. Auch die Zustimmung des Versprechensempfängers, welche nur für das zwischen diesem und dem Versprechenden bestehende Schuldverhältniß maßgebend in Betracht kommt, vermag den letzteren nicht zu ermächtigen, das hiervon verschiedene, zwischen ihm und dem Dritten entstandene selbstständige Schuldverhältniß einseitig wieder zu lösen. Es wäre ein innerer Widerspruch, wenn man, nachdem der Dritte unmittelbar aus dem Versprechen und kraft des darin ausgesprochenen Willens des Versprechenden ein eigenes Forderungsrecht gegen diesen erworben hat, dem Versprechenden gestatten wollte, im Falle der Zustim-

mung des Versprechensempfängers sein Versprechen wieder zurückzunehmen und sich dadurch von seiner bereits entstandenen Verbindlichkeit wieder zu befreien. Vom Standpunkte der Beitritts- oder Acceptationstheorie ist es nur eine Konsequenz, wenn die Zurücknahme oder Abänderung des Versprechens der Leistung an den Dritten bis zu dessen Beitritt oder Acceptation in den Willen der Vertragschließenden gestellt wird, da vorher ein Forderungsrecht des Dritten nicht besteht. Ebenso muß vom Standpunkt der Anwachsungstheorie bei Unterstellung einer in dem Versprechen liegenden Cessionsofferte deren Annahme durch den Dritten hinzukommen, um das Forderungsrecht auf ihn übergehen zu machen, so daß auch hier die Zulassung einer Aenderung oder Aufhebung des Versprechens bis zur Acceptation als selbstverständliche Folge sich ergibt; während bei Unterstellung eines Mandats (Ermächtigung) nicht einmal die Annahme desselben an und für sich das Widerrufsrecht des Versprechensempfängers ausschließt und der Dritte sich erst zu dem Versprechenden in ein selbstständiges Schuldverhältniß setzen muß, um sein Recht von dem Willen des Versprechensempfängers unabhängig zu machen. Von dem hier vertheidigten Standpunkte aus aber, wonach ein selbstständiges Forderungsrecht des Dritten unmittelbar aus dem Versprechen und kraft desselben in dem Augenblick entsteht, wo es nach dem Willen der Vertragschließenden entstehen soll, bedarf es zum Ausschluß des Widerrufsrechts keiner weiteren Thatsache, als daß das Forderungsrecht entstanden ist.

Wie schon ausgeführt, kann, wenn in einem Vertrage eine Leistung an einen Dritten versprochen ist, zwar auch für den Versprechensempfänger ein Forderungsrecht aus diesem Versprechen entstehen, sein Recht ist aber in diesem Falle ein dem Leistungsgegenstande nach von dem Rechte des Dritten vollkommen verschiedenes, er kann in diesem Falle nur die Leistung der Leistung, m. a. W., daß die Leistung an den Dritten gemacht werde, fordern, nicht aber

hat er, wie der Dritte, ein Forderungsrecht auf die Leistung selbst. Anders ist es nur in dem besonderen Falle, wenn eine Leistung alternativ dem Dritten und dem Versprechensempfänger versprochen worden ist. Abgesehen von diesem letzteren Falle kann der Letztere, auch wenn ihm nach dem Willen der Vertragschließenden ein Forderungsrecht zukommt, die Leistung selbst nicht fordern.[15] Hieraus folgt von selbst, daß auch die Erben, sowie die Gläubiger des Versprechensempfängers die Leistung nicht für sich in Anspruch nehmen können, wodurch auch die in Theorie und Praxis so sehr bestrittene Frage, ob im Falle der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter die Gläubiger des Versicherungsnehmers Anspruch auf die Versicherungssumme haben, eine einfache und befriedigende Lösung findet.[16]

Geht man davon aus, daß dem Dritten unmittelbar aus dem zu seinen Gunsten gemachten Versprechen ein selbstständiges eigenes Forderungsrecht gegen den Versprechenden entstehe, so ergibt sich weiter in nothwendiger Konsequenz, daß der Letztere dem Dritten Einreden aus der Person des Versprechensempfängers nicht entgegensetzen und Forderungen, welche ihm gegen den Letzteren zustehen, dem Dritten nicht in Aufrechnung bringen darf[17], während vom Standpunkte der Anwachsungstheorie, mag man nun Cession oder Ermächtigung unterstellen, der Dritte sich alle Einreden gefallen zu lassen hat, welche der Versprechende dem Versprechensempfänger entgegensetzen könnte, wenn dieser den Anspruch erheben würde. Doch wird auch von dem letzteren Standpunkte aus, gedrängt durch das praktische

---

[15] Vgl. auch Dresdener Prot. S. 654, 677, 678, 679, 4104.

[16] Vgl. insbes. Goldschmidt, Zeitschr. Bd. XII. S. 169 bis 190, Bd. XIII. S. 495 ff., Bd. XIV. S. 631 ff.; Malß, Zeitschr. Bd. I. S. 59—61, 103, Bd. II. S. 274, 422—434; württ. Gerichtsblatt Bd. III. S. 186—192; württ. Archiv. Bd. XIII. S. 433—458; Gareis, a. a. O. S. 241, 284. ff.

[17] Vgl. Dresdener Prot. S. 665; Gareis, a. a. O. S. 241 ff.

Bedürfniß, wenigstens die Kompensationseinrede aus der Person des Versprechensempfängers ausgeschlossen, weil der Promittent die Leistung als Leistung an den Dritten übernommen habe.[18] Hiernach können dem Anspruch des Dritten nur solche Einreden entgegengesetzt werden, welche in seiner Person begründet sind, oder das seinem Anspruch zu Grunde liegende Versprechen betreffen, während Einreden aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Versprechenden und dem Versprechensempfänger, wie solches durch den, das Versprechen der Leistung an den Dritten enthaltenen Vertrag begründet worden, an sich dem Anspruch des Dritten nicht entgegengesetzt werden können. So begründet z. B., wenn das Versprechen der Leistung an den Dritten im Verhältniß zwischen den Kontrahenten die Natur einer Gegenleistung gegenüber einer Leistung des Versprechensempfängers hat, der Mangel der letzteren für sich allein keine Einrede gegen den Anspruch des Dritten. Eine Einrede gegen den Dritten kann hieraus nur dann erwachsen, wenn das Forderungsrecht des Dritten durch die vertragsmäßige Leistung des Versprechensempfängers an den Versprechenden bedingt ist, wie dies z. B. bei der Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten der Fall ist. Hier verspricht der Versicherer die Bezahlung der Versicherungssumme nur unter der Bedingung, daß der Versicherungsnehmer seine Vertragsverpflichtungen insbesondere durch richtige Beantwortung des Fragebogens, fortgesetzte Prämienzahlungen u. s. w. nachgekommen sein werde. Wenn in dieser Weise das Versprechen der Leistung an den Dritten durch die vertragsmäßige Leistung des Versprechensempfängers bedingt ist, so begründet die Nichterfüllung dieser Bedingung eine Einrede auch gegen den Dritten, da diese Einrede das seinem Anspruch zu Grunde liegende Versprechen selbst betrifft.

[18] **Dresdener** Entwurf Art. 205, Prot. S. 669, 673, 674; **Schweizer** Entwurf Art. 28; **Bähr**, dogm. Jahrb. VI. S. 155.

Die praktische Geltung de cautio damni infecti. Wirkung der Rechtskraft für die Berufungsfähigkeit.

Von Herrn Kreisgerichtsrath Hegler in Stuttgart.

Der Kläger fand sich dadurch beschwert, daß in Folge der Ausbeutung des angrenzenden Grundstücks der Beklagten als Steinbruch sein höher gelegener Weinberg einzurutschen drohe. Er vermochte nicht zu behaupten, daß der Steinbruch von den jetzigen Beklagten noch betrieben werde, erklärte es aber für gleichgiltig, ob derjenige, welcher ihn betrieben habe, derzeit noch im Besitz sei, da es für die Begründung der von ihm beanspruchten Kaution genüge, daß in Folge vorgenommener Veränderungen das Nachbargrundstück bedroht sei und es in der Natur der Sache liege, daß nicht die Handlung in ihren Anfängen, sondern eben das Fortschreiten ihrer Folgen die Gefahr bringe. Sein Gesuch ging dahin: daß ihm die Beklagten bis zum Betrag von 500 ℳ. cautio damni infecti für allen Schaden zu stellen haben, welcher dem klägerischen Grundstück dadurch zustoßen würde, daß die Grundstücke des Beklagten zum Zweck ihrer Benützung als Steinbrüche hart an der klägerischen Grenze um 20—30′ tiefer gelegt wurden. Ein Antrag hinsichtlich der Beschaffenheit, Form und Zeitdauer der zu leistenden Kaution wurde vom Kläger nicht gestellt. Seitens der Beklagten wurde hervorgehoben, daß sie die fraglichen Grundstücke, seit sie ihnen gehören, nicht mehr als Steinbruch benützen, sondern Theils unbenützt liegen lassen, theils weil sie schon vollständig ausgebrochen seien, sogar wieder auffüllen.

Das Urtheil des Kreisgerichtshofs zu Stuttgart vom 13. Februar 1877 ging dahin:

Die Beklagten als Eigenthümer der Parzellen ꝛc. haben dem Kläger als Eigenthümer der Parzelle ꝛc. innerhalb 30 Tagen das Versprechen abzulegen, daß sie ihm allen Schaden, welcher etwa dem bezeichneten Grundstücke des Klägers binnen drei Jahren dadurch zugehen würde, daß

jene Parzellen der Beklagten Behufs ihrer Ausbeutung als Steinbrüche der Grenze des Klägers entlang um 20 bis 30′ tiefer gelegt worden sind, bis zum Betrag von 500 *M.* ersetzen werden.

Die Entscheidungsgründe sagen:

Während da, wo der Rechtsgrund der Forderung der cautio damni infecti die schadende Thätigkeit einer Person ist, nur eben der Thäter als kautionspflichtig in Anspruch genommen werden kann, ist der Kautionsanspruch wegen des durch eine bereits vollendete Anlage drohenden Schadens — und um einen solchen handelt es sich im gegenwärtigen Rechtsstreit — selbstverständlich nicht gegen den Thäter, sondern gegen Denjenigen zu richten, welcher den jetzigen gefahrdrohenden Zustand des Grundstücks zu vertreten hat, also gleichviel, wer der Urheber der schadendrohenden Anlage war, zunächst gegen den Eigenthümer.[1] Es erscheint hienach der Kautionsanspruch gegen die Beklagten als Eigenthümer der fraglichen Grundstücke auch wenn der dermalige den klägerischen Weinberg gefährdende Zustand derselben nicht auf irgend eine Thätigkeit von ihrer Seite zurückzuführen ist, als an sich statthaft. Ebenso erscheint im Hinblick auf das Augenscheinsprotokoll die Gefährdung des klägerischen Weinbergs durch den Zustand der Grundstücke der Beklagten als zum mindesten bescheinigt.[2] Was die Form der hiernach den Beklagten obliegenden Sicherheitsleistung anbelangt, in welcher Hinsicht der Kläger einen besonderen Antrag nicht gestellt hat, so sind die Beklagten als Eigenthümer der gefährdenden Grundstücke unzweifelhaft nur zur Verbalkaution, zum Versprechen des Ersatzes etwaigen Schadens verpflichtet.[3] Es fragt

[1] Vgl. l. 24 pr. in fine und l. 24 §. 12 in fine D. de damno infecto (39,2), sowie Burkhard in Glücks Erläut. der Pand. zu Buch 39 Titel 2 der Pand. S. 183 rc. S. 236. S. 327—330 und Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 4 und 154.

[2] Vgl. Lang, Handbuch des Sachenrechts §. 67 Note 27.

[3] l. 7 pr. l. 9 §§. 4 und 5 l. 10 l. 13 §. 1 D. de damno infecto (39,2) und Burkhard l. cit. S. 461. 464. 473.

sich nun allerdings, ob nicht etwa an die Stelle des mit dem römischen Noxalrecht zusammenhängenden Grundsatzes, wonach der Beschädigte an der schadenden Sache ein bloßes Retentionsrecht hat, im dermalen geltenden Recht vielmehr der Grundsatz getreten ist, daß der Eigenthümer von selbst und ohne daß es hiezu der Forderung und Leistung einer cautio damni infecti bedürfte, für den durch seine Sachen zugefügten Schaden zu haften hat? Diese Frage, mit deren Bejahung sofort das ganze Institut der cautio damni infecti fallen würde, wird jedoch schon gemeinrechtlich fast allgemein verneint [4] und auch in Württemberg ist die fortdauernde Geltung der cautio damni infecti stets anerkannt worden. [5] Hieran hat auch die Bauordnung Art. 63 und 65 nichts geändert, insofern dieselbe nur für zwei bestimmte Fälle an der Stelle der bisherigen cautio damni infecti ein unmitttelbares Klagerecht gibt, wobei im Uebrigen die fortdauernde Giltigkeit derselben gerade vorausgesetzt wurde. [6] Den Zeitraum, auf welchen das Versprechen der Schadensersatzleistung abzugeben ist, hat man nach dermaliger Sachlage [7] auf drei Jahre und die Frist, innerhalb deren es abzugeben ist, [8] auf dreißig Tage bemessen zu sollen geglaubt und demzufolge dem Urtheil die aus seinem Wortlaute ersichtliche Fassung gegeben, wobei die Beschränkung der Haftung des Beklagten auf den Betrag von 500 M. in der so limitirten Klagbitte ihre Rechtfertigung findet.

Die gegen dieses Urtheil erhobene Berufung wurde von der Civilkammer des Obertribunals angenommen, weil,

---

[4] Burkhard l. cit. S. 631 Note 74 und S. 640 Note 84 und die dort Angeführten, sowie Seuffert Archiv Bd. 31 Nr. 144.

[5] Württ. Archiv Bd. 6 S. 151 (auch in Seuffert Archiv Bd. 17 Nro. 51 abgedruckt).

[6] Lang, Sachenrecht §. 24 S. 135 Note 8 S. 136 Note 9 und §. 67 S. 362 Note 57—59, sowie Bitzer, Bauordnung S. 501 und 543.

[7] l. 13 §. 15 und l. 14 D. de damno infecto (39,2).

[8] l. 4 pr. D. eod. (39,2).

wenn auch der Kautionsbetrag vom ersten Richter dem Antrage des Klägers gemäß auf 500 ℳ. beschränkt worden sei, dem Letzteren doch unbenommen bleibe, unter Umständen wegen etwa drohenden weiteren Schadens eine weitere Kaution zu verlangen und dießfalls die Frage, ob der Steinbruch ein fehlerhaftes Werk sei, als bereits rechtskräftig entschieden nicht weiter zu erörtern wäre, somit die Wirkung der Rechtskraft der Entscheidung im gegenwärtigen Prozeß möglicherweise über den für die Berufung erforderlichen Betrag hinausginge. In der Sache selbst wurde durch das Urtheil des Obertribunals vom 17. Mai 1877 die erstrichterliche Entscheidung nach Form und Inhalt unter ausdrücklicher Billigung der Gründe derselben lediglich bestätigt.

Hat sich ein Vorpfandgläubiger, wenn er Zielergläubiger ist, im Konkurs eine Verweisung auf seiner Zielerforderung entsprechende entferntere Zieler anstatt auf das vorhandene baare Geld oder die nach Art. 56 des Exekutionsgesetzes obligatorischen drei Jahresziele gefallen zu lassen?

Von Herrn Kreisgerichtsrath Hegler in Stuttgart.

In einem Normalerlaß des Stadtgerichts Stuttgart an die dortigen Notariate vom 17. Mai 1866 wird diese Frage bejaht. Der hieher bezügliche Theil des Normalerlasses[1] lautet:

„Es ist zur Kenntniß des Stadtgerichts gekommen, daß die Ansicht Verbreitung erlangt hat, als ob auch diejenigen Gläubiger, deren Forderungen in späteren

[1] Derselbe ist abgedruckt in Boschers Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit vom Jahr 1871 S. 98. Hieher gehört Z. 1 des Erlasses. Die Z. 2 bestimmt, daß der Zeitpunkt, von welchem an Gläubiger für ihre verfallenen Forderungen dreijährige Zieler nach Art. 56 des Exekutionsgesetzes anzunehmen haben, nicht der Tag der Verweisung, sondern der Tag sei, an welchem der Liegenschaftskauf

als dreijährigen Zielern verfallen, auf Grund des Art. 56 des Exekutionsgesetzes bei der Verweisung nur solche Liegenschaftskaufschillingszieler anzunehmen verbunden seien, welche in nicht mehr als drei Jahreszielern verfallen. Diese Ansicht ist unrichtig. Ein Gläubiger kann im Gante seines Schuldners keine bessere Lage beanspruchen, als er vor dem Gant hatte; durch die angeführte Bestimmung des Exekutionsgesetzes wurde eine Abänderung dieses den allgemeinen Prinzipien entsprechenden Satzes keineswegs beabsichtigt. (Vgl. Volley, Kommentar zum Pfandgesetz Bd. I. S. 390; Pfandgesetz Art. 98). Ein solcher Gläubiger hat vielmehr seiner Forderung gleichartige Zieler im Nennwerth anzunehmen. Da es für eine Gantmasse von Nutzen ist, daß möglichst wenig Zieler veräußert werden müssen, so ist künftig schon bei Entwerfung der Bedingungen des Liegenschaftsverkaufs soweit solches den Verhältnissen des einzelnen Falls angemessen erscheint, darauf hinzuwirken, daß bei späterer Verweisung denjenigen Gläubigern, welche Zielerforderungen haben, gleichartige Zieler zugetheilt werden können. Diese Rücksicht ist insbesondere bei der Festsetzung der Verfalltermine und der Jahresbeträge der Liegenschaftskaufschillingszieler zu nehmen, wogegen ein etwaiger niedrigerer Zinsfuß bei letzteren durch den Ersatz der Differenz an den Gläubiger in der Regel leicht wird ausgeglichen werden können".

---

perfekt wurde, am geeignetsten der Tag des Zuschlagbescheids. Die Z. 3 bestimmt, wie es zu halten sei, wenn, was nicht beanstandet werde, Liegenschaftskaufschillingszieler zu Erzielung eines höheren Erlöses statt gegen Baar wiederum in Zielern (gesichert durch Verkaufstpfändung der Liegenschaftskaufschillingszieler) verkauft werden und daß hiedurch insbesondere Gläubigern mit fälligen Forderungen nicht lästigere Fristen gesetzt werden dürfen, als wenn der Kaufschilling vom Tag des Liegenschaftsverkaufs an in die drei Jahreszieler des Art. 56 des Exekutionsgesetzes vertheilt worden wäre.

Dieser Normalerlaß, welcher[2] durch die Erwägung veranlaßt zu sein scheint, daß andernfalls die Erwerbung von Häuserzielern weit unter dem Nennwerth und die sofortige Herbeiführung des Gantausbruchs gegen den Schuldner zu einer Spekulation gemacht würde, und daß die Häuser in Stuttgart regelmäßig nur bei Zerschlagung des größten Theils des Kaufpreises in weitsichtige Zieler, welche, um dem Art. 56 des Exekutionsgesetzes zu genügen, wieder umgesetzt werden müssen, zu einem angemessenen Preis verkäuflich seien, bildete von da an die Grundlage für die Behandlung der Zielerverweisung in den Konkursen zu Stuttgart und es ist diese Behandlungsweise aufrecht erhalten worden, ungeachtet in einer Entscheidung des Civilsenats des Gerichtshofs in Eßlingen vom 4. November 1867[3] in einer bei dem Stadtgericht anhängigen Gantsache die gegentheilige Ansicht ausgesprochen und diese Entscheidung durch Erkenntniß des Civilsenats des Obertribunals vom 8. Januar 1869[4], soweit sie die vorliegende Frage betrifft[5], bestätigt wurde.

Das Obertribunal gieng hiebei in seinen Gründen davon aus: nach Art. 96 des Pfandgesetzes könne der ältere Pfandgläubiger schlechthin seine Befriedigung aus dem ganzen Unterpfandserlös vor dem jüngeren verlangen. Es seien demselben folgeweise, wenn der Kaufschilling in Zielern bestehe, die näheren Zieler zuzuweisen. Daß diese bessere Befriedigungsmittel seien als die entfernteren liege in der Natur der Sache, insofern sie früher zum vollen Verfügungsrecht über das Kapital und aus der Gefahr

[2] Vgl. Boscher Zeitschrift l. cit. S. 97 und S. 98 oben.

[3] In der Aktionssache Ritter ca. Straub im Gante des Ed. Frommel in Stuttgart. Diese Entscheidung, sowie diejenige des Obertribunals sind in der Zeitschrift von Boscher l. cit. S. 99 ꝛc. (unter veränderten Parteinamen) abgedruckt.

[4] Vgl. Boscher Zeitschrift l. cit. S. 105. ꝛc.

[5] Wogegen abweichend von dem Gerichtshof ein Diskontoabzug an der unverfallenen und geringer als landläufig verzinslichen Forderung des Vorpfandgläubigers für statthaft erkannt wurde.

eines Verlusts (z. B. in Folge Brandstiftung durch den Hauseigenthümer selbst) heraus führen und drücke sich auch im Verkehr durch den größeren Verkaufswerth ganz genau aus. Da die Vorschrift des Art. 96 absolut dahin laute, daß einzig das Alter des Pfandrechts entscheide, so können auch etwaige Rücksichten der Billigkeit nicht in Betracht kommen und ebensowenig sei dieser bestimmten Entscheidungsnorm gegenüber eine analoge Anwendung der Art. 99—103 des Pfandgesetzes von der Unklarheit und Mißlichkeit dieser Bestimmungen abgesehen, überhaupt statthaft.

Nachdem die Civilkammer des Kreisgerichts zu Stuttgart in zwei gleichfalls von dem Stadtgerichte an sie erwachsenen Berufungssachen nach wiederholter Prüfung der Sache neuerdings zu demselben Ergebniß gelangt ist [6], dürfte es von Interesse sein, die Gründe desselben für seine Abänderung der stadtgerichtlichen Verweisung dahin, daß dem Berufungskläger als Vorpfandgläubiger die Befriedigung aus den vorhandenen Baarmitteln vor den Berufungsbeklagten als Nachpfandgläubigern zustehe, vollständig wiederzugeben.

Dieselben lauten:

Im Allgemeinen gilt als Voraussetzung der Exekution, daß die Forderung des Gläubigers verfallen, der Zeitpunkt der Leistung eingetreten sein muß. [7]

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 56 des Exekutionsgesetzes [8] ergiebt sich sodann, daß der Gesetzgeber im Falle des Verkaufs von Liegenschaft im Exekutionsweg Behufs der Befriedigung verfallener Forderungen als Regel die Ausbedingung baarer Zahlung statuiren und

---

[6] In den beiden Urtheilen vom 17. April 1877 in den Berufungssachen Bischoff ca. Bach und Bischoff ca. Wahl im Gante des H. Wahl in Stuttgart.

[7] Exekutionsgesetz Art. 17. Volley Kommentar II. §. 464 S. 967 und §. 430 S. 878 Note 1.

[8] Vgl. die bei Volley Kommentar II. §. 464 S. 967 Note 1 angeführten Kammerverhandlungen.

nur mit Rücksicht auf die damaligen Zeitverhältnisse dem Gläubiger vorerst die Annahme von wenigstens drei Jahreszielern ansinnen wollte, während bei längeren Zielern wieder die Regel eintreten, nämlich dieselben auf Kosten des Schuldners verwerthet werden sollten. Dagegen läßt sich aus den Kammerverhandlungen für die Frage, ob eben dasselbe auch bei nicht fälligen Forderungen gelten sollte, Nichts mit Sicherheit entnehmen.

Was sodann den Fall des Gants betrifft, so ist es allerdings ein alter Grundsatz des Konkursprozesses, daß zu den Forderungen, welche im Konkurs angemeldet werden können und müssen, auch betagte Forderungen und zwar für ihren ganzen, auch den über die Zeit des Konkurses hinaus reichenden Betrag gehören, weil sie sonst durch die Konkurrenz der übrigen Gläubiger überhaupt ausgeschlossen würden [9] und es sind solche nicht fällige Forderungen nicht etwa nur durch Zurückbehalten eines entsprechenden Betrags aus der Masse sicher zu stellen, sondern sie sind dem Zweck des Verfahrens gemäß zu bezahlen. [10]

Dagegen ist der häufig gebrauchte Ausdruck, daß durch den Konkurs betagte Forderungen von selbst zu fälligen werden, insofern wenigstens nicht genau, als dieselben, wenn sie unverzinslich oder geringer als landläufig verzinslich sind, nicht etwa im vollen Nennwerth, sondern nur unter Abzug des Zwischenzinses locirt und befriedigt werden. [11] Dies wird auch von der Konkursordnung für das deutsche Reich anerkannt [12], welche ebendeshalb den Ausdruck wählt:

---

[9] Vgl. Schwebe, Konkurs §. 49. Bayer, Konkursprozeß §. 52 Note 3. Bolley, Kommentar II. §. 464 S. 967.

[10] Vgl. die Motive zu §. 58 des Entwurfs der Konkursordnung für das Deutsche Reich und das in Note 4 angeführte Urtheil des Obertribunals vom 8. Januar 1867 bei Boscher S. 108, sowie die dort angeführten Schriftsteller.

[11] Schweppe, l. cit. §. 84. Beyer, §. 70 Note 3. Bolley, Entwürfe §. 1748 Z. 2. Württ. Archiv Bd. 12 S. 219.

[12] Vgl. die Motive zu §. 58.

„betagte Forderungen gelten als fällig", im Uebrigen aber absichtlich [13] die vollen Konsequenzen des Prinzips des interusurium nicht zieht, nämlich nur bei ganz unverzinslichen, nicht aber bei niederer als gesetzlich verzinslichen Forderungen einen Zinsabzug gestattet und als Maßstab nur den gesetzlichen Zinsfuß, nicht die jeweilgen Diskontosätze des Verkehrs anerkennt.

Steht somit fest, daß Art. 56 des Exekutionsgesetzes die Nöthigung des Gläubigers zur Annahme wenigstens dreier Jahresziele als eine, überdies nur vorübergehende, Ausnahme von der Regel der Baarzahlung ausgesprochen und des Falls, daß der Gläubiger selbst nur Zieler zu fordern hat, als bei der Exekution außerhalb des Gants nicht praktisch, überhaupt nicht erwähnt hat, daß ferner weder das bisherige gemeine Recht noch die künftige Konkursordnung dem Zielergläubiger im Gante eine weitergehende Verpflichtung auferlegen, als die: sich den Abzug des gewöhnlichen interusurium gefallen zu lassen, so fragt sich nur: ob etwa die Württ. Pfandgesetzgebung hieran eine Abänderung getroffen hat?

In dieser Hinsicht kommt nun allerdings in Betracht die Autorität Bolley's, welcher [14] von der Ansicht auszugehen scheint, daß ein Zielergläubiger, auch wenn aus seinen Unterpfändern baares Geld erlöst wurde, sich dennoch auf seine Zieler, welche seiner Zielerforderung gleichartig sind, müsse verweisen lassen. Erwägt man jedoch, daß jene Ansicht in dem (Note 14) angeführten §. 464 nicht direkt ausgesprochen, sondern dieser Stelle nur mittelst eines Schlusses von gleich unverzinslichen auf gleich verzinsliche Zieler zu entnehmen ist, daß ferner der Note 14

---

[13] Und aus guten Gründen, schon weil dem Vorpfandgläubiger die Bezahlung aufgedrungen wird.

[14] Im Kommentar Bd. II. §. 464 am Schluß in Verbindung mit dem daselbst allegirten §. 158 S. 344 mitten, sowie mit Bd. I. §. 163 S. 355 und 356 und insbesondere §. 173 S. 390, VII.

angeführte §. 158 [15] nicht den Exekutionsverkauf, sondern den Verkauf des Unterpfands durch den Eigenthümer unter Forthaftung des bisherigen Schuldners im Auge hat, daß endlich der §. 173, VII. (s. Note 14) nur von den Fällen der §§. 98—103 des Pfandgesetzes, nämlich von den überhaupt anomalen Vorschriften über die Verweisung im Falle der Verpfändung mehrerer Güter in ungetheilter Summe handelt, so ist nicht einmal mit Bestimmtheit ersichtlich, ob Bolley auch für den vorliegenden Fall der Ansicht beipflichten wollte, daß der Vorpfandgläubiger im Gant, wenn er Zielergläubiger ist, als die ihm „gebührende" Befriedigung (Art. 98 des Pfandgesetzes) eine Verweisung auf seiner Zielerforderung entsprechende Zieler anstatt auf das vorhandene baare Geld sich gefallen lassen muß.

Wie dem aber auch sein möge, so ist diese Ansicht jedenfalls nicht in den Gesetzen begründet.

Nach gemeinem und Württ. Recht ist der Zweck und wesentliche Inhalt des Pfandrechts daß, wenn es einmal zum Verkauf des Unterpfands kommt, die Veräußerung auch zur Befriedigung führen soll. [16] Ebenso ist zweifellosen Rechtens, daß der Vorpfandgläubiger in und außer dem Konkurs aus dem ganzen Erlös des Unterpfands seine Befriedigung unbedingt vor dem Nachpfandgläubiger anzusprechen hat [17] und daß als das dem älteren Pfandgläubiger vor dem jüngeren zuzuweisende bessere Befriedigungsmittel baares Geld im Gegensatz zur Verweisung auf Forderungen, zumal noch unverfallene, zu betrachten ist. [18] Von

[15] Vgl. Note 14, ebenso wie die Entscheidungen und Erörterungen bei Hufnagel Mittheilungen Bd. II. S. 222, Sarwey Monatschrift Bd. 8 S. 19—34 und im Württ. Gerichtsblatt Bd. 4 S. 150.

[16] Pfandgesetz Art. 90. 94. 112. 203.

[17] Pfandgesetz Art. 96. Prioritätsgesetz Art. 7.

[18] Exekutionsgesetz Art. 56 und 58. Pfandgesetz Art. 103. Bolley Kommentar Bd. I. S. 336, Bd. II. S. 967. Mayer Kommentar Bd. II. S. 88 und 89. Sarwey, Monatschrift Bd. 18 S. 207 bis 210 und 212.

diesen Grundsätzen macht kein Gesetz eine Ausnahme für den Fall, daß der Vorpfandgläubiger eine nicht fällige Forderung hat, vielmehr ergiebt sich aus den Art. 94 und 112 des Pfandgesetzes, daß, wenn es einmal ohne Zuthun des Vorpfandgläubigers zum öffentlichen Verkauf des Unterpfands kommt, sein unbedingtes Recht auf Befriedigung aus dem Erlös deshalb, weil etwa seine Forderung nicht fällig ist, nicht geschmälert, ja gerade in den Fällen der angeführten Artikel, wobei die Forderung des Vorpfandgläubigers meistens nicht fällig sein wird, ihm nicht einmal ein Zwischenzins abgezogen werden kann.

Wenn hienach von einer Schädigung der Rechte der Nachpfandgläubiger, auf deren Interessen überhaupt nur ausnahmsweise im Fall des Art. 98 des Pfandgesetzes Rücksicht zu nehmen ist, keine Rede sein kann, so ist andererseits auch vom legislativen Standpunkte betrachtet nicht abzusehen, weshalb der Vorpfandgläubiger sich wegen mangelnder Fälligkeit seiner Forderung, deren Bezahlung ihm ja durch den Gantausbruch beziehungsweise in Folge des Verkaufsverlangens des Eigenthümers des Unterpfands aufgedrungen wird, einen Diskonto sollte abziehen lassen müssen und noch weniger, weshalb ein Zielergläubiger als erster Pfandgläubiger sich wiederum auf Zieler d. h. auf das Risiko der Annahme eines neuen Schuldners des Hauskäufers, auf Jahre hinein sollte verweisen lassen müssen, während der Nachpfandgläubiger oder sogar ein einfacher Gläubiger den ganzen Baarerlös erhielten. Dieses Risiko ist auch nicht etwa ein solches, welches er als ein durch die Natur seiner Forderung als einer nicht fälligen bedingtes zu tragen hätte, da er ihm eben durch die Bestellung eines zu seiner Befriedigung bestimmten Unterpfands für die ganze Forderung auch den nicht verfallenen Theil derselben begegnen wollte, sondern es ist lediglich die Folge eines Grundsatzes, welcher bei entsprechender Einrichtung der Verkaufsbedingungen (vgl. den Normalerlaß des Stadtgerichts Stuttgart vom 17. Mai 1866)

zwar äußerlich den bisher bestandenen Verhältnissen sich anpaßt, in Wahrheit aber für den Gläubiger, welcher sich einen neuen Schuldner, insofern ihn das Gesetz nicht hiezu verpflichtet, schlechthin nicht aufdrängen zu lassen braucht, immer beschwerend ist.

Endlich ist auch in volkswirthschaftlicher Hinsicht der Verkauf auf langjährige Zieler und der hieran sich knüpfende Zielerhandel der Entwicklung gesunder Kreditverhältnisse überaus schädlich, wie dies schon bei der Berathung des Exekutionsgesetzes[19] hervorgehoben und auch anläßlich der Begutachtung einer verwandten Frage für den deutschen Juristentag[20] in überzeugender Weise ausgeführt worden ist.

Zwar ist zuzugeben, daß der Vorpfandgläubiger in Zeiten, wo auch gut verzinsliche und sichere Zieler nur gegen Agio verwerthbar sind, durch die baare Zahlung seiner Zielerforderung im Nominalwerth in eine thatsächlich günstigere Lage kommen kann und daß sich dießfalls die Spekulation darauf richten könnte, Zieler anzukaufen, um demnächst beim Gantausbruch um die erworbenen Zieler baar befriedigt zu werden. Dieser Möglichkeit steht jedoch andererseits die Erwägung gegenüber, daß zu anderen Zeiten dem Gläubiger die Rückzahlung einer guten und auf Jahre hinein gesicherten Hypothek höchst unerwünscht sein kann, daß bei gesunden wirthschaftlichen Verhältnissen, wie sie durch vorwiegende Baarzahlung geschaffen werden, gute Zieler erster Hypothek überhaupt ohne Agio umzusetzen sein werden, daß endlich durch die Zuweisung des baaren Erlöses an den Nachpfandgläubiger denjenigen Geldleuten, welche die Darlehen letzter Hypothek meist auf kurze Zeit zu enormen Prozenten und Prolongationsgebühren zu geben pflegen, geradezu eine Prämie für den Wucher ausgesetzt würde.

---

[19] **Verh. der Kammer der Abgg. von 1824 Heft 14 S. 1412 u. 1418 und 4. Beil. Heft hierzu S. 527 und 528.**

[20] **Verhandlungen des zehnten Juristentags S. 67 u. S. 141.**

Ein Geistlicher ersticht seinen ihm befreundeten Schullehrer. [1]

Mitgetheilt von Herrn Oberstaatsanwalt Schmoller in Ellwangen.

Franz Ludwig Zettwoch, geboren im Jahr 1811 zu Offenburg in Baden als Sohn eines armen Rothgerbers katholischer Konfession widmete sich dem Studium der Theologie und besuchte zu diesem Behuf das Gymnasium zu Offenburg und die Hochschule zu Freiburg, wobei er sich das Zeugniß eines geordneten und fleißigen Studenten erwarb. Nach seinem Austritt aus dem Freiburger Seminar im Jahr 1837 leistete er an verschiedenen Orten bald als Vikar bald als Pfarrverweser Dienste bis er im Oktober 1847 als Pfarrverweser nach Lauda, Bezirksamts Tauberbischofsheim kam. Ueberall führte er einen untadelhaften Lebenswandel und erfüllte seinen Beruf treu und gewissenhaft. In Lauda wurde er mit dem Rektor, wie dort der Schullehrer genannt wird, Leuser bekannt, einem Mann, welchem der Gemeinderath zwar das Zeugniß giebt, daß er seinem Amte als Lehrer getreu vorgestanden sei, jedoch beifügt, an seinem Lebenswandel sei Manches zu tadeln gewesen, besonders sei er vom Wein erhitzt gerne in den heftigsten Zorn gerathen und habe dann zu Hause an seiner Frau und seinem Sohn, welchen er mit Erschießen gedroht, seinen Zorn ausgelassen. Leuser hatte, wie mehrfach bezeugt ist, auch die üble Gewohnheit, daß er aus dem Wirthshause nicht fortkommen konnte, sondern bis in den Morgen hinein sitzen blieb. Zettwoch, welcher immer in Gesellschaft des Leuser war, wenn er einen Ausflug machte, ließ ihn selbst einige Mal sitzen und fuhr allein heim, ohne daß dieß aber ihr freundschaftliches Verhältniß irgend gestört hätte.

---

[1] Die feine und musterhafte Beleuchtung der psychologischen Seite dieser ungewöhnlichen, exzentrischen That ist von der Meisterhand Hohbach's, welcher als Referent die nachfolgenden Entscheidungsgründe zu dem hier mitgetheilten Urtheil zu entwerfen hatte.

Am Dienstag den 14. März 1848, fuhren die beiden Freunde Nachmittags nach Schüpf und Boxberg, um die Verwüstungen zu sehen, welche die Wuth revolutionärer Bauern an Judenhäusern zu Schüpf und an dem Fürstlich Leiningen'schen Amthause zu Boxberg angerichtet hatte. In beiden Orten kehrten sie ein, besichtigten die zerstörten Gebäude und fuhren nach kurzem Aufenthalt nach dem nahen Mergentheim in die Klotzbücher'sche Bierbrauerei, wo sie zwischen 3 und 4 Uhr ankamen und eine zahlreiche Gesellschaft trafen. Sie hatten verabredet, so lange dort zu bleiben, bis jeder 6 Schoppen Bier getrunken habe. Zettwoch spielte mit sieben Herren zwei Boulen Billard, Leuser unterhielt sich mit Anderen und Zettwoch interessirte sich mehr für diese Unterhaltung als für das Spiel. Den Gegenstand der Unterhaltung, welche nach dem Zeugnisse Aller eine durchaus freundschaftliche war, bildeten die großen Ereignisse jener bewegten Tage. Auch Zettwoch nahm lebhaften Antheil an der damaligen Bewegung für Deutschlands Freiheit und Einheit. Er zog die Mannheimer Abendzeitung aus der Tasche. Ein Gedicht mit der Ueberschrift „Schwarz Roth Gold" stand in derselben, welches ihm so gut gefiel, daß er einen der Gäste (den Präzeptor K.) auf dasselbe aufmerksam machte. Das Gedicht lautet:

Schwarz, Roth und Gold, das sind die Farben,
Die stolz der deutsche Bürger trägt,
Schwarz, Roth und Gold, das sind die Farben,
Für die er sich im Kampfe schlägt.

Das Schwarz bedeutet Tod den Würgern,
Die lachend uns ans Kreuz gespießt;
Das Roth ist Blut von deutschen Bürgern,
Das unserm Recht zum Opfer fließt.

Das Gold, das ist der Freiheit Segen,
Wenn Männer ihre Pflicht gethan;
Drum schlagt auf Wegen und auf Stegen
Die heiligen drei Farben an.

Schwarz, Roth und Gold das sind die Farben,
Drauf stolz das deutsche Auge sieht;
Schwarz, Roth und Gold das sind die Garben,
Darin die Aernte Deutschlands blüht.

Nach 7 Uhr fuhren die Beiden wieder von Mergentheim fort. Mit Einbruch der Nacht kamen sie nach dem $^{3}/_{4}$ Stunden von Mergentheim entfernten, an der Straße gelegenen Edelfingen. Bis hieher waren sie im besten Einvernehmen gewesen. In Edelfingen hieß Leuser den Kutscher vor dem Lamm halten. Leuser wollte einkehren und stieg ab. Zettwoch wollte weiter fahren und blieb sitzen. Der Kutscher legte sich drein und sagte: „Herr Pfarrer, steigen Sie ab oder Herr Rektor, steigen Sie wieder auf". Zettwoch bemerkte dem Kutscher: das Gefährt habe er bestellt, wenn der Rektor nicht mitfahren wolle, könne er da bleiben. Die Tochter des Wirths trat aus dem Hause, die Gäste zu empfangen. Als sie hörte, daß der Pfarrverweser nicht einkehren wollte, redete sie dem Leuser zu, wieder aufzusitzen. Es war ihr bekannt, daß Leuser gerne in die Nacht hinein verweilte, bis man ihn heimfahren mußte und erst vor drei Wochen war es in ihrem Hause vorgekommen, daß der Pfarrverweser, weil der Rektor nicht fortzubringen war, im Aerger die Stalllaterne zusammenschlug und Nachts halb 12 Uhr allein nach Hause fuhr. Gleichwohl beharrte Leuser auf der Bitte, Zettwoch möchte einkehren und sagte: „wenn Du nicht heruntergehst, so bist Du kein guter Freund!" Zettwoch erwiderte: „wenn Du mir versprichst, daß wir in einer Stunde wieder fortfahren!" Leuser versprach dieß und gab ihm die Hand darauf. Beide giengen in das sogenannte Herrenzimmer. Sie trafen dort die 28 Jahre alte Tochter des Wirths, Wilhelmine Enz und deren Bruder, den 27 Jahre alten Apothekergehilfen Johann Baptist Enz.

Ueber das Nachfolgende sind diese zwei Zeugen im Wesentlichen übereinstimmend, aber sie blieben nicht immer

zugegen, wissen also nicht, ob sie den ganzen Wortwechsel vollständig gehört haben. Auch die Reihenfolge und Zeitordnung der einzelnen Aeußerungen konnten sie nicht mehr mit Sicherheit angeben.

Nachdem Zettwoch und Leuser neben einander Platz genommen hatten und jener einen Schoppen 1846er, dieser einen Schoppen Bier sich hatte geben lassen, äußerte der Kutscher: es sei jetzt doch gut, daß sie alle drei bei einander seien, es sei nicht gut für einen Kutscher, wenn er einen Passagier zurücklassen müsse. Zettwoch entgegnete: ihm gehöre das Gefährt, er habe es bestellt und wenn er gewollt hätte, so hätte ihn der Kutscher allein heimfahren müssen.

Leuser stellte den Johann Baptist Enz seinem Freunde vor und sagte: „weißt' auch, daß das ein Bruder von der Mine ist? er ist Apotheker". Zettwoch, welcher denselben freundlich grüßte, äußerte, als derselbe von seinem Wein ihm zubrachte: „ein guter Apotheker ist mir lieber als ein schlechter Schulmeister".

Leuser entgegnete: „ein guter Schulmeister ist mir lieber als ein schlechter Pfarrer".

Wilhelmine Enz frug begütigend: Herr Pfarrer, warum sind Sie denn heute so bös? Und Leuser frug: „wegen Mergentheim?" Zettwoch gab keine Antwort.

Die Zeugen hörten nun weiter folgende Aeußerungen:

Zettwoch: „das sind Nebensachen, Du hast keine Religion. — Deine Kinder können nichts. — Ich hab' ein edles deutsches freies Herz. — Die Lauda'er meinen, Du wärest der Gescheideste. — Es wäre besser, wenn Du nicht nach Lauda gekommen wärest".

Leuser: „Es wäre vielleicht gut, wenn Du nicht nach Lauda gekommen wärest. — Du nimmst Aufhetzereien an. Zu Dir lauft lauter schlechtes Gesindel. — Wenn meine Kinder nichts können, müßte ich ein Esel sein. — Meinst Du, weil Du ein Bischen mehr Theologie studirt hast als

ich und dominus vobiscum sagst, Du Pfaff, ich müsse vor Dir niederknieen und Dich anbeten".

Beim Beginn des Streits habe Leuser dem Zettwoch versöhnlich die Hand geboten und zu ihm gesagt: „komm' her, Alter!" und Zettwoch habe lachend die Hand angenommen. Später habe die Wilhelmine Enz vermitteln wollen, indem sie zu Leuser sagte: „o Herr Rektor, seien Sie doch ruhig!" Leuser habe erwidert: „Mine, das ist nur Spaß, wir kriegen keine Händel". Zettwoch aber habe mit den Worten: „nein, das ist kein Spaß!" den Arm des Leuser ergriffen und sich bemüht, denselben zu Boden zu drücken, was ihm nicht gelungen sei. Leuser habe gesagt: „meinst Du, es gelte das Faustrecht?" Zettwoch: „Du bist mir ein gemeiner Kerl. — Bleib' mir vom Leib. — Morgen mache ich einen Bericht an das Dekanat".

Leuser: „wenn Du mich auch um meinen Dienst bringst, so habe ich doch zu leben. — Wenn Du einen Bericht machst, so mache ich auch einen".

Zettwoch: „ich schreibe nur drei Worte und diese unterschreiben mir die Lauda'er".

Leuser: „was kannst Du Schlechtes mir nachsagen?"

Zettwoch: „Du wirst es schon sehen. — Von heute an bin ich kein guter Freund mehr zu Dir. — Ich fahre nimmer mit Dir; Du läßest mich allemal allein und hältst nicht zu mir".

Aehnliche Reden wurden eine Stunde lang gewechselt. Der Streit habe übrigens nicht die ganze Zeit ununterbrochen gedauert, es sei dazwischen hinein auch wieder Ruhe eingetreten. Zettwoch habe langsam getrunken und immer dazu geraucht. Er sei stets aufgeregter geworden. Auch Leuser sei zorniger geworden und als er recht in der Hitze gewesen sei, habe Zettwoch gesagt: „so hab' ich's haben wollen; gelt' ich hab' Dir gesagt, wir wollen heimfahren". Im Eifer habe Zettwoch seine Schoppenflasche umgeworfen. Zettwoch ließ sich einen zweiten Schoppen Wein, Leuser einen zweiten Schoppen Bier geben. Leuser lief einige

Schritte auf und ab und äußerte mehrmals: „meinst denn Du —?" Wie er nun wieder gegen Zettwoch herlief, stand dieser mit der Pfeife im Mund auf, gieng langsamen Schrittes auf Leuser zu und gab ihm, ohne ein Wort zu sprechen, mit der rechten Faust einen starken Stoß auf die Brust. Zettwoch setzte sich alsbald wieder auf seinen Stuhl, steckte ein Messer in die vordere Rocktasche, rauchte und trank wieder und schaute starr vor sich hin. Leuser taumelte zurück, hielt die Hand auf die Brust, lief einige Schritte die Stube hinab, rief: „ich bin gestochen" und fiel über das Tischeck hinein. Auf den Ruf der Zeugen: „Herr Jesus, Herr Pfarrer, was haben Sie gethan, er ist todt!" rauchte Zettwoch fort und blieb sitzen. Leuser lag todt auf dem Boden. Auf das fortwährende Schreien der Zeugen erhob sich Zettwoch mit der Pfeife im Mund, bückte sich über Leuser hinein und rief: „Rektor! Rektor!" Nun eilte der Kutscher in das Zimmer und traf den Zettwoch wieder an seinem Platze stehend. Der Kutscher rief ihm zu: „Herr Pfarrer, haben Sie geschossen oder gestochen?" und Zettwoch erwiderte mit lächelnder Miene: „wenn ich geschossen hätte, so hätte es gekracht; ich habe kein Geschoß und kein Messer bei mir". Der Kutscher packte ihn an der Brust und sagte: „Herr Pfarrer, Sie sind arretirt!" Zettwoch befahl dem Kutscher einzuspannen; der Kutscher aber erklärte: „heute fahren Sie nicht mit mir heim! Sie sind arretirt! sechs Mann her!"

Es kamen der Schultheiß, der Polizeidiener und Andere um den Zettwoch festzunehmen. Nach deren Zeugniß wehrte er sich hiegegen mit aller Kraft. Er frug: wie sie ihn als einen freien deutschen Mann arretiren können! er sei katholischer Priester! Aufgefordert seine Waffen herzugeben, erwiderte er, er habe keine, er habe es nicht gethan. Sie suchten ihn mit Gewalt aus. Der Polizeidiener entriß ihm ein in einer Scheide befindliches Messer, welches er hinter dem Rücken hielt. Einen der Männer warf er an ein Fenster, daß die Scheiben klirrten. Einer

der Männer sagte: „seien Sie doch ruhig, Sie sind kein Pfarrer, Sie haben keinen Pfarrersrock, sondern einen Wolfsrock an!“ Er erwiderte: „richtet nicht!“ Dann schimpfte er wieder: „Spitzbuben, Lausbuben! Ihr Bauern werdet noch bereuen, daß Ihr einen freien Deutschen verhaftet!“ — Wegen seines Tobens, das als ein ganz wüthendes geschildert wird, ordnete der Schultheiß seine Fesselung an. Solche mußte mit Gewalt auf dem Boden vollzogen werden. Als er gefesselt auf dem Boden saß, stand der Polizeidiener zu seiner Bewachung bei ihm mit einem geladenen (Feuerschloß)-Gewehr die Hand auf die Mündung des Laufes gelegt. Zettwoch fuhr mit einer Hand, welche noch etwas freien Spielraum hatte, gegen den Drücker und als der Polizeidiener das Gewehr etwas entfernter hinstellte, stieß Zettwoch mit dem Fuß gegen das Schloß. Nach der Fesselung wurde er vor den Leichnam geführt, damit er sein Opfer noch einmal ansehe. Er habe da, ohne irgend ein Gefühl zu zeigen, geäußert: „das ist ja mein bester Freund!“ Sofort wurde er mittelst eines Fuhrwerks an das Oberamtsgericht Mergentheim auf den Transport gesetzt. Unterwegs wälzte er sich, riß seinen Arm von dem Strik, womit er gebunden war und rief: „Seid Ihr deutsche Brüder? Ihr seid keine! Ihr seid Spitzbuben! Ich bin ein freier Deutscher! In 14 Tagen ist es anders, das wird an Euch gerochen werden! Seid Ihr Deutsche, so laßt mich los! Nicht einmal von einem ehrlichen Gensdarmen werde ich transportirt, von dummen Bauern muß ich mich transportiren lassen! Die deutsche Gerechtigkeit wird noch fortleben!“

Nachts halb 11 Uhr wurde Zettwoch bei dem Oberamtsgericht eingeliefert. Der Polizeidiener übergab hiebei das dem Zettwoch abgenommene, in einer Scheide befindliche Messer, einen sogenannten Knicker. Dieses Messer $2\frac{1}{2}$ Zoll lang rückwärts zweischneidig, von da an 5 Zoll lang mit einem Rücken und einem schneidenden Theil, war bis an das Heft mit Blutstreifen befleckt. Zettwoch er-

kannte es als ihm gehörig. Er hatte es an dem Morgen jenes Tages schleifen lassen. Der Oberamtsrichter begann das Protokoll zu diktiren; da erklärte Zettwoch: man brauche nicht so viel zu schreiben und fügte bei: „ich habe den Leuser mit dem vorliegenden Messer erstochen, er hat es nicht anders verdient, ich habe ihn absichtlich um's Leben gebracht; so einem Menschen gehört es nicht besser, er war ein ehrloser Mensch, ein Hochverräther, ein Landesverräther und ein ehrliches Bürgerskind hat ihn erstochen. — Ich bin katholischer Priester, ich lasse mich nicht so behandeln und fesseln, ich bin badischer Unterthan und werde Beschwerde erheben". Nachdem dieses Protokoll ihm vorgelesen worden war, nahm er das Geständniß zurück und erklärte: er unterschreibe nichts, er hätte ja gar keinen Grund gehabt, den Leuser zu erstechen, „was geht es mich an, ob er hört oder an einen Gott glaubt!" er verlange eine Untersuchungskommission von Badensern und Würtembergern, er rekurrire in jedem Fall an den Bundestag, die deutsche Nation und ganz Europa. Dem Leuser könne von anderer Seite etwas geschehen sein, er könne auch eine Ohnmacht bekommen haben, es sei ja kein Physikat da und nichts!

Auf der Kappe Zettwochs war die schwarzrothgoldene Kokarde. Das Tragen der deutschen Kokarde war in jenen Tagen noch selten. Beim Abführen in den Arrest äußerte Zettwoch, als Andere die Kokarde betrachteten: „die muß ich haben, die Farbe kommt doch bald auf". Als die Wächter um 2 Uhr Nachts in das Gefängniß kamen, schlief er. Gegen 3 Uhr wachte er auf und frug erstaunt, was denn die Wächter da thun? Auf erhaltene Auskunft legte er sich mit der Aeußerung „ach Gott" wieder hin, richtete sich aber mit der Frage: „was macht denn der Rektor?" wieder empor. Auf die Antwort: „der ist maustodt" äußerte er: „ach Gott, ach Gott" und schlief bald wieder ein, nachdem er einen mehr als eine Maß haltenden Hafen mit Wasser in drei Zügen ausgetrunken.

Gegen 6 Uhr erwachte er wieder, war unruhig, wälzte sich herum und äußerte: „dieser religionslose Kerl bringt mich um meine ganze Existenz, es ist unverantwortlich, einen Mann so herauszureißen!“ Er schlief wieder ein und als er um 7 Uhr aufwachte, sagte er ruhig: „jetzt gehen die Leute zu Lauda in die Kirche, und der Pfarrer sitzt im Gefängniß und der Rektor ist todt“. An diesem Tage in das Verhör geführt, erzählte er die Vorgänge bis zur Anfahrt vor dem Lammwirthshause in Edelfingen; was aber im Lammwirthshause vorgefallen, wollte er nicht wissen. Den Mangel an Erinnerung schrieb er dem Umstand zu, daß er Wein und Bier untereinander getrunken gehabt habe, was er nicht gewohnt sei. Bei diesem Vorbringen, daß er von dem Vorfall im Lammwirthshause nichts wisse, blieb er während der ganzen Untersuchung. Am 16. März bei dem Einsteigen in die Chaise, um zur Rekognition des Leichnam's nach Edelfingen zu fahren, sagte er zu dem Stationskommandanten: es sei Schade, daß er seine Pfeife nicht bei sich habe, da könnte man jetzt prächtig eine Pfeife Tabak rauchen, und wieder später: durch den Spaß[2] komme er aus seiner ganzen Karriere. Vor den Leichnam geführt antwortete er auf die Frage des Untersuchungsrichters: „kennen Sie diesen Mann?“ „ja, dieß ist der Rektor, mein guter Freund“ und mit der Hand das Kinn des Leichnams berührend setzte er hinzu: „ich bin unschuldig an Deinem Tod, wenn ich es gethan haben soll, mit meinem Bewußtsein ist es nicht geschehen; ich wünsche nun lieber hier an Deiner Stelle zu liegen“.

Die gerichtliche Sektion des Leichnams ergab eine Stichwunde, welche zwischen der 3. und 4. Rippe rechterseits eindrang. Die Hälfte des Knorpels der 3. Rippe, die Zwischenrippenpulsader und die arteria mammaria interna waren durchschnitten. Sodann war das Messer

[2] Auf den Vorbehalt dieses Ausdrucks: „Dieß ist so eine Redensart von mir auch bei traurigen Sachen“.

durch den Herzbeutel und mitten durch die rechte Kammer des Herzens gedrungen. Der Knicker des Zettwoch entsprach nach Breite und Länge den Verhältnissen der äußeren Wunde und des ganzen Stichkanals. Entsprechend der Wunde waren die Kleider, der rechte Lappen des Tuchrocks, die wollene Weste, ein wollener Unterkittel und das leinene Hemd durchschnitten. Nach dem Ausspruch der Aerzte wurde das Messer mit großer Kraft bis zum Heft eingestoßen.

Was den Grad der Betrunkenheit des Zettwoch betrifft, so machte er bei seiner Ankunft und alsbald erfolgten Vernehmung vor Gericht (1½ Stunden nach der That) den Eindruck eines sehr erregten, aber nicht den eines in erheblichem Maße betrunkenen Menschen. Ohne zu wanken stand er eine Stunde lang im Verhör. Das Protokoll unterschrieb er mit dem Beisatz: „Gelesen und unterschrieben vorbehältlich näherer Erklärung im Fall ... (hier kommt ein undeutliches Wort) vorgegeben werden sollten". Jenes Wort soll wahrscheinlich „Uebereilungen" heißen. Die Schrift ist nicht seine gewöhnliche, sondern die einer erregten, unsicheren Hand. Ueber die Menge der von ihm an jenem Tage genossenen Getränke wurden Erhebungen angestellt, welche Folgendes ergeben haben: Schon zu Hause Vormittags in seiner Wohnung trank er von 10 Uhr an gegen 2 Schoppen, über Tisch einen Schoppen, Nachmittags in Unterschüpf ½ Schoppen, in Boxberg gleichfalls ½ Schoppen Wein, in Mergentheim 6—8 Schoppen Bier. Er rauchte den ganzen Tag und hat vom Mittagstische an wahrscheinlich nichts gegessen. Von der zahlreichen Gesellschaft in der Klotzbücher'schen Bierbrauerei zu Mergentheim hat Niemand von Betrunkenheit etwas an ihm wahrgenommen und die Leute von Edelfingen bezeugten, daß er „etwas, aber nicht stark" betrunken gewesen sei. [3]

---

[3] Ueber die sonstige Wirkung geistiger Getränke bei ihm nach

Den Geisteszustand des Zettwoch zur Zeit der That beurtheilte der Oberamtsarzt Krauß von Mergentheim, welcher bei der Einlieferung und sofortigen gerichtlichen Vernehmung desselben zugegen war, auf den Grund der hiebei gemachten Wahrnehmungen in einem zwei Tage darauf ausgestellten Gutachten dahin: jeder Unbefangene müsse zu der Annahme gelangen, daß dem Verbrechen eine Seelenstörung oder ein geistig gebundener unfreier Zustand überhaupt, wie man ihn oft nach einem Anfall von Tobsucht wahrnehme, zu Grunde liege. Zwar habe nicht ermittelt werden können, daß von somatischer Seite eine Störung vorhanden gewesen sei; seine Stirne sei nicht heiß, sein Gesicht nicht roth, der Puls jedoch voll und hart gewesen und habe etlich und 80 Schläge in der Minute gezählt. Ob Zettwoch zur Zeit der That so betrunken gewesen, daß ihn die Macht der Leidenschaft unwiderstehlich zu dem Verbrechen habe hinreißen müssen, könne der Gerichtsarzt nicht bestimmen, den Zustand während des Verhörs könne man kaum als eine leichte Berauschung bezeichnen. Der Gerichtsarzt hege den Verdacht eines zur Zeit der That gestörten Seelenzustands und beantrage Ermittelungen über die Gesundheitsverhältnisse der Eltern und Geschwister des dem Oberamtsarzt bisher ganz unbekannten Verhafteten zu veranlassen [4] — derselbe Gerichtsarzt gab vier Monate später, am 29. Juli, nachdem er den Verhafteten bis dahin beobachtet und die Akten der geschlossenen Voruntersuchung eingesehen hatte, folgendes Gutachten ab: er habe nie eine somatische Störung der Gesundheit des Zettwoch gefunden und ebensowenig Spuren einer Geisteskrankheit. Von einem gewaltsamen

---

Gewohnheit, Lebensweise und körperlicher Konstitution ist nichts erhoben worden. Bekanntlich ist aber die Wirkung geistiger Getränke eine individuell ungemein verschiedene.

[4] Die weitere Untersuchung hat in dieser Beziehung ergeben, daß die Familie des Angeklagten geistig gesund und daß die geistige Entwicklung des Angeklagten eine normale gewesen ist.

Ausbruch einer im Stillen bestandenen Gemüthskrankheit könne keine Rede sein. Ebensowenig seien Zeichen einer bei zuvor ungestörter Gesundheit plötzlich eingetretenen Geistesstörung, welche nur einige Stunden gedauert haben könnte und spurlos verschwunden wäre, vorhanden. Auch die Betrunkenheit sei nach der Aussage aller Zeugen nicht so bedeutend gewesen, daß sie eine Verwirrung der Sinne erzeugt hätte.

Doch sei der Angeklagte im Sturme der Leidenschaft nicht mehr so Herr über sich gewesen, um zwischen Thun und Lassen ganz frei wählen zu können. Der Gerichtsarzt sei durch die lange Beobachtung des Verhafteten und durch die Kenntnißnahme von dem aktenmäßigen Hergang des Verfalles von seinem früher ausgesprochenen Verdacht eines unfreien Zustandes zurückgekommen und zu der Ueberzeugung gelangt, daß Zettwoch bei Verübung der That in einem geistigen Zustand gewesen sei, welcher die Zurechnungsfähigkeit zwar nicht aufhebe aber vermindere. Am 16. März 1849 war das Schlußverfahren vor dem Kriminalsenat des K. Gerichtshofes in Ellwangen.[5] Hiebei beantragte der Referent Oberjustizrath Dr. Hohlbach den Angeschuldigten wegen Todschlags in Gemäßheit des Art. 243 Abs. 2 des St.G.B. zu fünfjähriger nach den Bestimmungen des Art. 13 des St.G.B. zu vollziehender Zuchthausstrafe, wovon jedoch sechs Monate als bereits durch die Untersuchungshaft abgebüßt zu betrachten seien, zu verurtheilen. Die von dem Referenten entworfenen Gründe zu diesem Antrag lauten wie folgt:

I. Durch das Ergebniß der gerichtlichen Leichenöffnung und das darauf gegründete Gutachten der Gerichtsärzte, die vollgiltigen Zeugnisse der Wilhelmine und des Johann Baptist Enz von Edelfingen, die Einräumung des Ange-

[5] Als Richter waren zugegen: Direktor v. Bauer, die Oberjustizräthe: Steinheil, Dr. Hohlbach, Jordan und Camerer, die Oberjustizassessoren: Goez und Weinschenk und der Oberjustizassessoratsverweser Bürger.

schuldigten selbst und die unterstützenden Angaben vieler anderer Leute, sowie durch den von dem Angeschuldigten zugestandenen Besitz des nach der That ihm abgenommenen, bis an das Heft mit frisch aufgetrocknetem Blute befleckten und nach Breite und Länge der Wunde entsprechenden Knickers ist, auch abgesehen von dem im ersten Verhöre von dem Angeschuldigten abgelegten Geständnisse, vollständig erwiesen, daß am 14. März 1848 Abends kurz nach neun Uhr der Schullehrer oder, wie er gewöhnlich genannt wird, Rektor Leuser von Lauda im Großherzogthum Baden von dem dortigen Pfarrverwalter, dem Angeschuldigten Franz Ludwig Zettwoch von Offenburg in dem Lammwirthshause zu Edelfingen, Oberamts Mergentheim, durch einen das Herz durchdringenden Stich in die Brust getödtet worden ist.

II. Nach den Aussagen der beiden bei der That anwesenden Zeugen trat der Angeschuldigte dem auf und ab gehenden Leuser entgegen und stieß ihn mit der geballten und bewaffneten Rechten so stark auf die Brust, daß er zurücktaumelte. Der Ort und die Richtung der Wunde stimmen hiemit überein und der Umstand, daß das Messer, nachdem es vier Kleidungsstücke durchdrungen hatte, noch das Herz ganz durchbohrte, zeugt von der angewendeten Kraft. Es kann hienach nicht bezweifelt werden, daß der Stich absichtlich beigebracht wurde, und verbindet man hiemit, daß die hohe Gefährlichkeit der Stichwunden in der Brust auch dem Unerfahrensten bekannt ist, sowie daß der Angeschuldigte in jenem Augenblicke gegen Leuser sehr aufgebracht war und noch in dem bald darauf mit ihm vorgenommenen Verhöre absichtlicher Tödtung desselben sich rühmte, so kann auch mit Grund nicht bezweifelt werden, daß er, wenn er nicht als ganz zurechnungsfähig zu betrachten ist, entweder die bestimmte Absicht hatte, durch den Stich den Leuser zu tödten, oder daß er wenigstens auch in den schlimmsten Erfolg voraus sich ergab, wobei dahingestellt bleiben kann, ob er daran dachte, daß das Messer

erst am Morgen desselben Tags scharf geschliffen worden war, und ob seinem Geständniß im ersten Verhöre ein höherer Werth beigelegt werden kann als der eines Beweises seiner aufgeregten Stimmung.

Gegen diese Annahme spricht auch nicht, daß er nach der Angabe der Wilhelmine Enz auf den wiederholten Hilferuf derselben über den Verwundeten sich hineinbückte und gleich als wollte er ihn erwecken ihm zurief: „Rektor! Rektor!“ Vielmehr erklärt sich dieses aus der bekannten Erfahrung, daß der höchsten Spannung der Leidenschaft, wenn dieselbe durch eine rasche That sich gehoben hat, gewöhnlich ein Zustand der Abspannung folgt, in welchem man das Geschehene ungeschehen machen möchte; überdies zeigt der Umstand, daß es eines wiederholten Hilferufs bedurfte, bis er herbeikam, so wie sein ferneres Benehmen in jener Nacht, daß damals keineswegs wirkliche Reue ihn bewegte.

Dagegen ergibt sich daraus, daß der Angeschuldigte und der Getödtete bis zu ihrer Ankunft in Edelfingen und zum Theile sogar noch dort in gutem Einvernehmen standen und der unseligen That ein längerer nach eingetretener kurzer Versöhnung aufs Neue und heftiger entbrannter Wortwechsel voranging, daß es sich nicht von vorbedachter Tödtung, von einem Morde, sondern blos von einer in hoher Aufregung beschlossenen und vollbrachten Tödtung, somit von einem Todtschlage handelt.

III. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, in wie ferne die That dem Angeschuldigten zuzurechnen sei. Ein bisher unbescholtener Mann, von dem schon nach seiner Bildungsstufe Ausbrüche roher Gewalt nicht zu erwarten sind und bis dahin auch nicht bekannt waren, ein Priester der Religion der Liebe, der nach den vorliegenden Zeugnissen in den vielen von ihm bekleideten Stellen überall die volle Zufriedenheit der Gemeinden und seiner Vorgesetzten sich erworben hat, stößt in Folge eines erbärmlichen, von ihm selbst muthwillig veranlaßten Wort-

wechsels plötzlich in Gegenwart zweier Zeugen seinem vertrauten Freunde, mit welchem er auf der Heimkehr von einer gemeinschaftlichen Lustfahrt begriffen ist, den Dolch in die Brust, kehrt an seinen Platz am Wirthstische zurück, raucht seine Pfeife, trinkt seinen Wein, als ob nichts geschehen wäre, befiehlt dem Kutscher, der ihn für verhaftet erklärt, einzuspannen, widersetzt sich sodann der Verhaftung aus allen Kräften, rühmt sich vor Gericht gebracht, seiner blutigen That, und will am andern Tage von allem nichts wissen.

Hienach liegt die Vermuthung sehr nahe, daß der Angeschuldigte in einem nicht zurechnungsfähigen Zustande gehandelt habe und es hat auch der Gerichtsarzt, welcher dem ersten, eine Stunde nach der That mit ihm vorgenommenen Verhöre großen Theils anwohnte, aus seinen dabei gemachten Beobachtungen die Vermuthung abgeleitet, es möchte der That eine Seelenstörung oder ein geistig gebundener unfreier Zustand überhaupt zum Grunde liegen.

Es hat dagegen derselbe Gerichtsarzt, nachdem er sämmtliche Verhandlungen gelesen und den körperlichen und geistigen Zustand des Angeschuldigten drei Monate lang genau beobachtet hatte, die Ueberzeugung gewonnen, daß derselbe die That in einem Zustande begangen habe, welcher die Zurechnungsfähigkeit nicht aufzuheben vermochte, indem weder von plötzlicher Steigerung und gewaltsamem Ausbruche einer bis dahin verborgenen Gemüthskrankheit die Rede sein könne, noch irgend ein Anzeichen einer bei zuvor ungestörter Gesundheit plötzlich eingetretenen und schnell wieder verschwundenen Geistesstörung vorhanden sei.

Im Wesentlichen übereinstimmend finden vielmehr der Gerichtsarzt, die Mitglieder des Untersuchungsgerichts, der Staatsanwalt [6] und die beiden [7] Vertheidiger des Ange-

[6] Oberjustizassessor Weber.

[7] Wegen eingetretener Erkrankung des ersten Vertheidigers wurde ein zweiter bestellt.

schuldigten die Erklärung seiner That in einem hohen Grade leidenschaftlicher Aufregung, welche durch verschiedene Umstände, namentlich durch Trunkenheit theils hervorgerufen, theils begünstigt wurde. Nur darin weichen die Ansichten von einander ab, daß die Vertheidiger eine bis zu gänzlicher Verwirrung der Sinne oder des Verstandes gesteigerte Aufregung annahmen, welche die Zurechnung ausschlöße, während der Gerichtsarzt nur verminderte Zurechnung zugibt, weil die Kraft, dem Drange der Leidenschaft zu widerstehen, beschränkt gewesen sei, wogegen der Staatsanwalt in den berührten Umständen theils nur den Grund zu Annahme eines Todschlags theils Anhaltspunkte für die Strafausmessung innerhalb der gesetzlichen Grenzen findet.

Da nach dem gerichtsärztlichen Gutachten dem Gebiete der Heilkunde kein Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Angeschuldigten zu entnehmen ist, so fällt die Würdigung seiner That auch in dieser Beziehung ganz dem Richter anheim.

Zunächst muß hier die Ansicht des Gerichtsarztes zurückgewiesen werden, falls sie nicht blos ein unrichtiger Ausdruck der Ansicht des Staatsanwalts ist, denn da die Tödtung im Affekt als ein besonderes Verbrechen im Gesetze aufgestellt, somit den im Affekte liegenden Entschuldigungsgründen durch Festsetzung gemilderter Strafe bereits Rechnung getragen ist, der Fall des Art. 98 des württ. Strafgesetzbuchs aber, nämlich ein hoher Grad von Blödsinn oder Verstandesschwäche, nicht vorliegt, so kann es sich nur davon handeln, ob volle oder ob gar keine Zurechnung statt findet. Hierüber ist nun Folgendes zu bemerken: In welchem Grade der Angeschuldigte zur Zeit der That betrunken war, läßt sich weder aus der Masse noch aus der Beschaffenheit des Getränkes schließen, welches er vor der That zu sich genommen hatte. Gewiß ist aber, daß bis zu der Abfahrt von Mergentheim Niemand Betrunkenheit ihm anmerkte, ungeachtet er dort in größerer

Gesellschaft sich befand. Während der Fahrt von Mergentheim nach Edelfingen schloß zwar der Kutscher daraus, daß die Unterhaltung nicht mehr so gut ging, daß sowohl Zettwoch als Leuser etwas im Kopfe haben, dabei will er jedoch durchaus nicht bemerkt haben, daß sie nicht mehr ganz gut miteinander wären, und die Unterhandlungen über die Einkehr in Edelfingen, welche der Angeschuldigte in dem am folgenden Tage mit ihm vorgenommenen Verhöre genau angab, beweisen, daß er jedenfalls noch bei dem Eintritte in das Lammwirthshaus vollkommen bei Bewußtsein war, obgleich die Zeugen Wilhelmine und Johann Baptist Enz gleich bemerkt haben wollen, daß sowohl er als Leuser etwas, jedoch nicht stark, betrunken waren.

Der gerechte Aerger darüber, daß Leuser, nicht zufrieden damit, an einem Nachmittage in drei Wirthshäusern gewesen zu sein, die Einkehr in dem nicht einmal drei Viertelstunden von Mergentheim entfernten Edelfingen auch noch erzwang, mußte durch solchen Zustand der Gereiztheit durch geistige Getränke um so mehr gesteigert werden, als gerade in diesem Wirthshause drei Wochen zuvor bei einer gemeinschaftlichen Lustfahrt Leuser nicht vom Platze zu bringen war, so daß endlich der Angeschuldigte, um am folgenden Morgen seinen geistlichen Verrichtungen nachkommen zu können, allein heim fuhr. Damals schon war er so ärgerlich, daß er beim Einsteigen die unschuldige Stalllaterne ergriff und auf den Boden warf, daß sie zerbrach. Dazu kommt, daß, wie der Gemeinderath zu Lauda bemerkt und dem Angeschuldigten wohl nicht unbekannt war, Leuser zwar sein Amt gehörig versah, in sittlicher Beziehung aber an seinem Lebenswandel Manches zu tadeln war und daß er namentlich vom Wein erhitzt, gleich in den größten Zorn gerieth, den er meistens zu Hause an seiner Frau und seinem Sohne ausließ, die er mit Todtschießen bedrohte.

Faßt man diese Umstände in das Auge, so erklärt sich ganz einfach, wie gleich nach dem Eintritt in die

Stube, als Leuser den Apothekergehilfen Enz ihm vorstellte der Angeschuldigte mit Stichelreden gegen Leuser begann und wie er ferner auf die Aeußerung des Kutschers, „es sei doch gut, daß sie alle drei bei einander seien, es sei nicht gut für einen Kutscher, wenn er einen Passagier zurücklassen müsse“ zänkisch aufbrauste: „ihm gehöre das Gefährt, er habe es bestellt, und wenn er gewollt hätte, so hätte ihn der Kutscher allein heimfahren müssen“, ein Benehmen, welches die Wilhelmine Enz schon damals zu der Frage veranlaßte, warum er denn heute so bös sei. Wenn Leuser's hierauf gestellte Frage: „Wegen Mergentheim?“ darauf hindeutet, daß dort schon etwas vorgefallen sein möchte, so kann darauf lediglich kein Gewicht gelegt werden, da gerade diese Frage zeigt, daß jeden Falls nichts Erhebliches vorfiel, und da allerseits bezeugt ist, daß bis zu dem Beginne des Wortwechsels in Edelfingen Leuser und der Angeschuldigte in gutem Einvernehmen mit einander standen. Vielmehr spricht dafür, daß der erwähnte Aerger über Leuser der Faden ist, an welchem alles Andere sich anreihte, der Umstand, daß der Angeschuldigte, als der Wortwechsel aufs Höchste gestiegen war, äußerte: „ich fahre nicht mehr mit Dir, Du läßt mich alle Male allein“, und später noch, als Leuser recht aufgebracht war: „So hab' ich's haben wollen! Gelt, ich habe Dir's gesagt, wir wollen heimfahren?“

Aerger, wo er einmal Fuß gefaßt, frißt immer weiter um sich und saugt aus Allem frische Nahrung; so reich er ist an Rechtfertigung der eigenen Fehler, so erfinderisch ist er in den Anklagen gegen Andere und hier lagen sie, wie bemerkt, sehr nahe. So äußerte der Angeklagte zuerst gegen Johann Baptist Enz und nachher gegen Leuser selbst, dieser habe keine Religion, womit er Allem nach nicht dessen religiöse Ansicht und wohl noch weniger dessen Ansicht über die Geistlichkeit meinte, sondern seinen Lebenswandel, namentlich sein Benehmen gegen seine Familie. Erst im weiteren Verlaufe des Wortwechsels zog er auch

die Amtsführung Leuser's herein und bedrohte ihn mit Erstattung von Berichten, worauf derselbe erwiderte, wenn Zettwoch ihn auch um den Dienst bringe, so habe er doch Brod zu essen. Wenn dieses auf ein Schuldbewußtsein Leuser's hindeutet, so lag vielleicht gerade hierin, sowie in dem weiteren Umstande, daß er nur Bier trank, der Grund, warum er ungeachtet seiner Reizbarkeit doch durchaus nur vertheidigend sich verhielt und zwei Male die Hand zur Versöhnung bot, wogegen der Angeschuldigte, durch dieses Benehmen in seinem Uebermuthe nur bestärkt und durch Weingenuß und Tabakrauchen seine Gereiztheit steigernd, zwar zuerst sich mit Leuser versöhnte, bald aber wieder aufs Neue begann. Daß Letzterer nun heftiger wurde und in die Worte ausbrach: „Meinst Du, weil Du ein Bischen mehr Theologie studiert hast als ich und dominus vobiscum sagst, Du Pfaff, soll ich vor Dir niederknieen und Dich anbeten?" Das erscheint ebenso natürlich, als daß eine solche Aeußerung des Laien und Schulmeisters gegen den Priester und vorgesetzten Pfarrer diesen um so mehr reizte, als sie von einem Freunde kam; denn mehr pflegt man dem Freunde zu grollen, als einem Fremden, wenn er sich zu einer beleidigenden Aeußerung hinreißen läßt, und unversöhnlicher ist man im Streite, wenn man Unrecht hat, als wenn man Unrecht leidet. Daher die Erklärung, das sei nicht, wie Leuser sagte, nur Spaß, daher der lächerliche Versuch, ihn am Arme niederzudrücken, um so den kecken Gegner, der nicht anders zu demüthigen war, wenigstens körperlich zu demüthigen, daher endlich die Zurückweisung der nochmals angebotenen Versöhnung und die Aufkündigung der Freundschaft, wobei der Angeschuldigte so in Eifer gerieth, daß er seine noch nicht geleerte Weinflasche umwarf. So ist bis dahin Alles ganz einfach erklärt, ohne daß man kirchlichen oder politischen Fanatismus hereinzuziehen nöthig hat, von ersterem kann bei dem Angeschuldigten, der als freisinnig und duldsam geschildert wird, in der Untersuchung

sich als sehr gleichgiltig in Glaubenssachen zeigte und bei seiner Verhaftung auf der Dose Ronge's Bildniß, auf der Pfeife das Bildniß des Erzbischofs von Köln hatte, wohl überhaupt keine Rede sein; an den politischen Bewegungen nahm er zwar lebhaften Antheil, die Politik kam aber, wie bezeugt ist, bei dem ganzen Vorfalle nicht weiter ins Spiel, als daß der Angeschuldigte schon Anfangs äußerte: „Du taugst nichts, ich hab' ein edles, deutsches, freies Herz"; auch scheint er überhaupt nach seiner Bildungsstufe des Fanatismus sowohl als der Begeisterung für eine Sache nicht fähig zu sein.

So wenig es dem erwähnten Benehmen an ganz natürlicher Erklärung fehlt, so wenig fehlt es dem Wortwechsel an gehörigem Zusammenhange. Ohne die Aufregung durch Aerger und Trunk hätte der Angeschuldigte allerdings wohl ganz anders gesprochen, aber seine Reden zeugen von vollem Bewußtsein.

Dunkel ruht nun freilich über dem wichtigsten Theile des Streites, nämlich über dem, was der unseligen That kurz vorherging, da die Zeugin Wilhelmine Enz eine Viertelstunde abwesend war und ihr Bruder keine nähere Auskunft will geben können.

Erwägt man jedoch, daß der Angeschuldigte rauchend und trinkend auf seinem Stuhle sitzen blieb und Leuser auf und ab ging mehrmals äußernd: „Meinst denn Du", daß Wilhelmine Enz bei ihrer Rückkehr in die Stube nichts ahnend und keine größere Aufgeregtheit an Zettwoch wahrnehmend als bei ihrem Hinausgehen, neben ihn sich setzte und daß wenigstens diese Zeugin doch wohl, wie der hauptsächlichsten sonstigen Reden, so auch einer der That unmittelbar vorangehenden besonders schweren Beschimpfung Zettwoch sich noch erinnern würde, wenn Leuser eine solche sich erlaubt hätte und erwägt man ferner, daß Leuser's Aeußerung: „meinst denn Du" darauf hinweist, daß er auch hier noch sich nur abwehrend, nicht angreifend, verhalten habe, gleichwie auch die Antwort „meinet-

wegen" auf die von Johann Baptist Enz vermuthete Drohung des Angeschuldigten in dem Augenblicke vor der That keine Herausforderung enthielt, obgleich sie diesem in seiner Gereiztheit so erscheinen konnte, so ist es nicht nur nicht wahrscheinlich, daß der Angeschuldigte durch eine besonders schwere Beleidigung oder Beschimpfung zum Zorne gereizt und auf der Stelle zur That hingerissen wurde, sondern es spricht sogar alles, was erhoben ist, gegen eine solche Annahme; insbesondere kann auch die obige beleidigende Aeußerung Leuser's nicht als unmittelbare Veranlassung der That angesehen werden, da sie nach den Angaben der Wilhelmine Enz und ihres Bruders nur zu heftigerem Wortwechsel, zu dem Versuche Leuser niederzudrücken, zu der Aufkündigung der Freundschaft Veranlassung gab und die That erst über eine Viertelstunde später erfolgte. Wohl wäre aber auch dadurch, daß der fortdauernde Wortwechsel die Aufregung steigerte, das fortwährende Rauchen und Trinken sie beförderte, zu erklären, wie der Angeschuldigte am Ende, als er seines Dolches sich erinnerte, zu diesem greifen und ihn, ohne daß eine besondere Beleidigung unmittelbar voranging, dem Freunde in die Brust stoßen konnte, dem er ja zuvor schon die Freundschaft aufgekündet hatte und der, wie die bezeugte Aeußerung: „meinst denn Du" . . . andeutet, es wagte, fortwährend in geringschätzendem Tone dem vermeintlichen Rechte und der vermeintlichen Ueberlegenheit des Angeschuldigten seine Anerkennung zu versagen.[8] Es liegt daher in der That selbst keine Anzeige eines unfreien Zustandes oder einer Verstandesverwirrung. Es liegt in dem Wesen der Gemüthsaufregung, daß sie Ueberlegung

---

[8] (Beisatz nach dem Beschluß der Mehrheit): Dazu kommt, daß wenn man im Gegentheile wenigstens zu Gunsten der Vertheidigung annimmt, daß eine besonders schwere Beleidigung von Seiten Leuser's sei es die bereits erwähnte oder eine in der Abwesenheit der beiden Zeugen vorgefallene den Angeschuldigten zur That hingerissen habe, ein genügender Beweggrund noch mehr vorliegt.

und richtige Beurtheilung der Verhältnisse erschwert oder ausschließt. Darum wird ein Verbrechen, dem sie zu Grund liegt, milder bestraft. Die Zurechnung überhaupt schließt sie aber nicht aus, wenn der Handelnde selbst von seinem Standpunkte aus zur That nicht berechtigt war und seiner Entschlüsse noch irgend Meister bleiben konnte, wie dieses nach dem Ausgeführten hier der Fall war.

Zum Beweise des Gegentheils wird nun zwar das Benehmen des Angeschuldigten nach der That geltend gemacht: seine Gleichgiltigkeit, sein starres Hinausschauen, sein Fortrauchen und Forttrinken, als ob nichts geschehen wäre.

Zunächst ist jedoch zu beachten, daß er, wie er vor der That den Dolch aus der Tasche herausgenommen hatte und auf Leuser zugegangen war, so jetzt wieder auf seinen Platz zurückging und das Messer wieder einsteckte; sowie, daß er auf den wiederholten Ruf der Wilhelmine Enz herantrat und Leuser wieder zu sich zu bringen suchte. Alles das zeugt von Bewußtsein.

Andererseits ist das gleichgiltige Benehmen leicht zu erklären. Jeder großen Spannung folgt, wenn sie durch eine rasche That sich gehoben hat, ein Zustand der Abspannung. Sie äußert sich in Reue, wenn plötzliche Aufwallung des Zorns ohne alle Ueberlegung die Hand führte, welche den Dolch in des Freundes Brust stieß; der nur allmälig zu Ausführung der blutigen That sich steigernde Aerger dagegen beredet sich selbst, der Andere verdiene nichts Besseres, stößt zwar nicht mit voller, aber doch größerer Ueberlegung zu und läßt eben darum das Gefühl der Reue nicht oder nur dann erst aufkommen, wenn er eben so allmälig, wie er entstanden war, sich wieder gelegt hat. Dieses wird um so mehr der Fall sein, wenn Trunkenheit mitwirkte. Dazu kommt, daß der Angeschuldigte auch noch später, nachdem er längst vollständig die Folgen seiner That überschaute, nur wenige Spuren von Reue zeigte;

seine Gleichgiltigkeit unmittelbar nach der That, zu welcher auch gar wohl einige Verlegenheit wegen der Folgen sich gesellen konnte, läßt somit in keiner Beziehung auf einen unfreien Zustand schließen. Ueberdies handelt es sich von einer ganz kurzen Zeit, während welcher die beiden Zeugen, entsetzt über die That und für Leuser bemüht, zu genaueren Beobachtungen des Angeschuldigten sich nicht eigneten.

Daß er nicht floh, ist höchstens eine weitere Anzeige dafür, daß er nicht mit Vorbedacht getödtet hatte; ohnehin konnte er nicht wohl hoffen, zu entkommen, während andererseits ein Fluchtversuch ihn äußerst verdächtigt hätte.

Das ganze fernere Benehmen des Angeschuldigten bei seiner Verhaftung, Einlieferung und ersten Vernehmung zeigt klar, daß er zwar betrunken, dabei aber bei Bewußtsein und wohl im Stande war, die Außenwelt aufzufassen und seine Handlungen danach zu bestimmen, was zu dem Schlusse berechtigt, daß dieses auch unmittelbar vor und bei der That der Fall gewesen, zumal, da die Verhaftung nur wenige Minuten nach derselben erfolgte, in der kurzen Zwischenzeit der Angeschuldigte noch weiter geraucht und getrunken hatte und die Verhaftung und Einlieferung sowohl an sich als die Art ihres Vollzugs die vorangegangene Aufregung gewiß eher steigerte als verminderte.

Dem zuerst herbeieilenden Kutscher antwortet er auf die Frage, ob er geschossen, ganz richtig: „wenn ich geschossen hätte, so hätte es gekracht". Als derselbe ihn für verhaftet erklärt, befiehlt er ihm, zur Heimfahrt einzuspannen, ihn dadurch, wie gleich zu Anfang an den ihm schuldigen Gehorsam erinnernd. Er verbirgt das blutige Messer, als man ihn durchsucht in der Hand hinter seinem Rücken. Er widersetzt sich mit großer Kraft den Männern, die ihn fesseln wollen, und sucht wiederholt das geladene Gewehr des Polizeidieners durch Stoßen nach dem Drücker abzufeuern. Er beruft sich darauf, daß er katholischer

Priester sei. Er äußert, am nächsten Sonntage werde er nicht predigen. Auf die Bemerkung, er habe keinen Pfarrersrock, sondern einen Wolfsrock an, erwidert er: „Richtet nicht“. Auch unterwegs sucht er bald durch Schimpfen, bald durch Bitten Befreiung von den Fesseln zu erwirken. Wiederholt spricht er von deutschen Brüdern, deutscher Gerechtigkeit, er sei ein freier Deutscher, in wenigen Wochen werde es anders werden. „Nicht einmal von einem ehrlichen Gendarmen“ ruft er aus „werde ich transportirt, von dummen Bauern muß ich mich transportiren lassen!“

Vor Gericht gebracht, steht er wohl eine Stunde lang ohne Wanken vor dem Tische des Untersuchungsrichters, beschwert sich in schneller und fast unausgesetzter Rede des Breitern über seine Verhaftung und die Art ihrer Ausführung, indem er sich darauf beruft, daß er katholischer Priester, daß er badischer Unterthan sei, erkennt das blutige Messer als ihm gehörend an und erzählt, warum er es bei sich trage, daß er es erst habe schleifen lassen und dergl., spricht sich in bitteren Ausdrücken über Leuser aus, der nicht mehr verdient habe, als was ihm geschehen sei, legt dann von freien Stücken das Geständniß absichtlicher Tödtung ab und brüstet sich mit seiner That, da Leuser ein ehrloser Mann gewesen sei, erklärt dann weiter, er sei ein Hochverräther, ein Landesverräther gewesen und ein ehrliches Bürgerskind habe ihn erstochen; folgt mit größter Aufmerksamkeit und mit Zeichen des Verständnisses dem Vorlesen des Protokolls, widerruft, als er unterzeichnen soll, das abgelegte Geständniß, da er keinen Grund einsehe, warum er Leuser so etwas hätte anthun sollen, verlangt das Protokoll selbst zu lesen, liest aber nur einen Theil und unterschreibt es dann mit dem ausdrücklichen Vorbehalte näherer Erklärung, wobei seine Handschrift zwar beweist, daß er betrunken war, der Inhalt aber Bewußtsein und Ueberlegung zu erkennen gibt; als man endlich bei seinem Abführen die damals noch seltene deutsche

Kokarde betrachtet, die er trug, äußert er: „die muß ich haben, die Farbe kommt doch bald auf!"

Bringt man hiemit in Verbindung, daß alle Leute, welche ihn in Edelfingen sahen, so wie die Gerichtsmitglieder, welche ihn in diesem ersten Verhöre beobachteten, in ihrem Urtheile darin übereinstimmen, daß er zwar ziemlich aufgeregt und betrunken, jedoch vollkommen zurechnungsfähig ihnen erschienen sei, daß sein theilweise auffallendes Benehmen sich aus jenem Zustande um so mehr erklärt, als manches, wie seine Gleichgiltigkeit, seine Haltung u. s. w. später als Gewohnheit sich darstellte und daß deßhalb auch der Gerichtsarzt der Ansicht ist, daß von mangelnder Zurechnungsfähigkeit nicht die Rede sein könne, so erscheint das obige Urtheil, daß er nicht besinnungslos gewesen, wohl als genügend begründet.

Wenn aus der Aeußerung, Leuser sei ein Hochverräther, ein Landesverräther, geschlossen werden wollte, der Angeschuldigte sei auch im Verhöre noch nicht recht bei Sinnen gewesen, so wäre zu bemerken, daß vielmehr diese Beschuldigung gerade von Ueberlegung zeugt; bei dem Geständnisse hatte er nur gesagt, Leuser sei ein ehrloser Mensch gewesen und habe daher den Tod verdient, nun wurde es ihm aber doch klar, daß damit die That nicht gerechtfertigt sei, er fügte daher zur Beschönigung noch bei, Leuser sei ein Hoch- und Landesverräther gewesen. Im Gegentheile läßt sich daraus, daß er mit der Erstechung Leuser's sich brüstete, schließen, daß er der That sich bewußt war, also keineswegs in einem Zustande der Verwirrung sie verübt hatte; denn hätte er sich ihrer nicht erinnert, so würde er gewiß auch in seinem damaligen Zustande nicht blos auf die Angabe Anderer hin sich als Thäter bekannt haben.

Nach allem Bisherigen kann endlich auch der Umstand nicht für Zurechnungsunfähigkeit geltend gemacht werden, daß der Angeschuldigte bei seinem ersten Erwachen im Gefängnisse erstaunt fragte: „was die Wächter da thun?"

Vielmehr spricht der Umstand, daß er auf die bloße Erwiderung, er sei nicht zu Hause, er sei Staatsgefangener, aufseufzte und dann fragte, was denn der Rektor mache, dafür, daß er nur bei der ersten Frage noch schlaftrunken war, zu sich gekommen aber sogleich sich erinnerte, weshalb er verhaftet war, gleichwie er auch bei dem zweiten Erwachen von selbst in die Worte ausbrach: „dieser religionslose Kerl bringt mich um meine ganze Existenz; es ist unverantlich, einen Mann so herauszureißen!" Konnte der Angeschuldigte, nachdem er einige Stunden geschlafen, so sprechen, so deutet dieses nicht nur auf Bewußtsein zur Zeit der That, sondern auch darauf hin, daß sein Vorgeben, von dem, was von seinem Eintritt in die Wirthsstube zu Edelfingen an bis zu seinem Erwachen im Gefängnisse geschehen, gar nichts mehr zu wissen, nur eben bloßes Vorgeben sein dürfte.

IV. Ist nach der bisherigen Ausführung als bewiesen anzunehmen, daß der Angeschuldigte zwar in einem Zustande hoher durch Trunkenheit gesteigerter Aufregung, keineswegs aber in einem die Zurechnung ausschließenden Zustande die That verübte, und [9] kann ferner nicht an-

---

[9] Abänderung nach dem Beschusse der Mehrheit: Es ist unwahrscheinlich, daß eine besonders schwere Beleidigung von Seiten Leusers die That veranlaßte; andererseits aber drängt doch diese That selbst, die Erdolchung des besten Freundes durch einen Mann von der Bildungsstufe des Angeschuldigten und durch einen Priester zu der Annahme wenigstens der Möglichkeit, daß entweder eine von den Zeugen überhörte oder in ihrer Abwesenheit vorgefallene schwere Beschimpfung, oder die schon mehr erwähnte Aeußerung, die dem Angeschuldigten als eine solche Beschimpfung erscheinen konnte, ihn wenn auch nicht unmittelbar zur That hinriß, doch in ihm fortkochte und dann durch das Geringste, was noch dazu kam, seine Hand zu dem unseligen Stoße führte, eine Annahme, die durch die bezeugte wiederholte Aeußerung: „Meinst denn du . ." unterstützt wird. Es war daher der zweite Theil des zweiten Absatzes des Art. 243 des St.G.B. zur Anwendung zu bringen, hinsichtlich höherer Verschuldung aber Entbindung von der Instanz zu erkennen. (Der zweite Absatz des Art. 243 des württ. St.G.B. lautet: Hatte

genommen werden, daß er durch eine besonders schwere Beleidigung oder Beschimpfung auf der Stelle zur That hingerissen worden, sondern nur, daß beleidigendes Betragen Leuser's, welches aber von dem Angeschuldigten selbst muthwillig herbeigeführt wurde, ihn zur That reizte, so muß der erste Theil des zweiten Absatzes des Artikels 243 des Strafgesetzbuchs zur Anwendung kommen, welcher den Todtschlag in solchem Falle mit fünf- bis zehnjähriger Zuchthausstrafe bedroht. Mag dieses Gesetz im vorliegenden Falle zu streng erscheinen, mag es zu bedauern sein, daß die Befugniß auf eine mildere als die gesetzliche Strafe zu erkennen in die engen Grenzen des Art. 98 des Strafgesetzbuchs eingeschlossen, und daß nicht wenigstens die für bestimmte Fälle des Todtschlags gestattete Gefängnißstrafe von vier bis zu sechs Jahren auch auf Fälle, wie der gegenwärtige angewendet werden kann: der Richter ist an das Gesetz gebunden, und nur die Gnade kann die zu große Strenge des letzteren im einzelnen Falle auf das rechte Maß zurückführen.

Bei Bemessung der Strafe innerhalb der gesetzlichen Grenzen könnte ein Aufsteigen über das geringste Maß namentlich dadurch gerechtfertigt erscheinen, daß der Angeschuldigte so wenig Reue gezeigt, vielmehr bei vielen Gelegenheiten Mangel an sittlichem Gefühl an den Tag gelegt und insbesondere durch sein Verhältniß zu der Frau des Gerichtsdieners in Mergentheim [10] eine ihm sehr ungünstige Ansicht von seinem Charakter erweckt hat. Erwägt man jedoch einerseits, daß er, wie man wenigstens im Zweifel

---

jedoch der Getödtete den Thäter durch beleidigendes Betragen zum Zorne gereizt, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren, und wenn es besonders schwere Beleidigungen, Beschimpfungen oder Mißhandlungen waren, wodurch der Thäter zum Zorne gereizt und auf der Stelle zur That hingerissen worden, auf Kreisgefängniß von 4 bis zu 6 Jahren zu erkennen).

[10] Während der Untersuchungshaft am 7. Juni wurde ein von ihm an die Frau des Gerichtsdieners gerichteter Liebesbrief aufgefangen.

annehmen muß, durch den begründeten Aerger über die erzwungene Einkehr in Edelfingen und durch die Erinnerung an den sittlich nicht tadellosen Lebenswandel des Getödteten in gereizte Stimmung versetzt und diese durch das genossene Getränke bis zu einem sehr hohen Grade gesteigert wurde, so daß der Gerichtsarzt sogar von verminderter Zurechnungsfähigkeit spricht, und erwägt man ferner, daß der Angeschuldigte doch auch mehrfach Reue über seine That kund gegeben hat, und wohl nur durch falsches Ehrgefühl bewogen sich nicht weicher zeigte, sowie, daß nicht sowohl sittliche Verdorbenheit und Herzensverhärtung, als vielmehr bloßer Mangel tieferer und wahrer sittlicher und geistiger Bildung, wahrscheinlich in Folge mangelhafter Erziehung und des Umgangs mit Leuten, welche selbst auf niederer Bildungsstufe standen, dem Benehmen und der Gesinnung des Angeschuldigten zum Grunde liegt; und erwägt man endlich, daß auch das niederste Maß der gesetzlichen Strafe unter den gegebenen Verhältnissen sehr hart wirkt, so erscheint es doch gerechtfertigt bei dem geringsten Maße der Strafe stehen zu bleiben.

V. Es war hienach der Angeschuldigte wegen Todtschlags zu [11] fünfjähriger Zuchthausstrafe und in Folge davon zu dem Ersatze sämmtlicher Kosten des Verfahrens zu verurtheilen. Dabei war jedoch in Betracht der Beschaffenheit des Verbrechens und in Betracht der Verhältnisse des Angeschuldigten die Vollziehung der Strafe nach den schonenden Bestimmungen des Artikels 13 des Strafgesetzbuchs [12] anzuordnen. Zugleich mußten sechs Monate

---

[11] Beschluß der Mehrheit: vierjähriger, auf der Festung zu vollziehender Kreisgefängnißstrafe.

[12] Art. 13. Die zeitliche Zuchthausstrafe ist von den Gerichten, wo ihnen solches nach sorgfältiger Erwägung der besonderen Umstände des Verbrechens, sowie der Bildungsstufe und der bürgerlichen Verhältnisse des Uebertreters begründet erscheint, in der Art zu erkennen, daß der Verurtheilte in einem von den übrigen Gefangenen

der erkannten Strafe als bereits durch die Untersuchungshaft abgebüßt betrachtet werden, da diese durch ein unglückliches Zusammentreffen verschiedener Umstände, zuletzt noch durch den Tod des bestellten Vertheidigers, ohne Schuld des Verurtheilten um so viel verlängert wurde.

Zettwoch verzichtete sofort auf den Rekurs und wurde zur Verbüßung der Strafe auf die Festung Hohenasperg abgeliefert. Ein Jahr darauf baten die betagten Eltern (der Vater war 72, die Mutter 65 Jahre alt) sowie die sechs Geschwister des Verurtheilten um Nachlaß des restlichen Theils der Strafe Behufs seiner Auswanderung nach Nordamerika. Sowohl dieses als zwei spätere, von ihm übergebene Begnadigungsgesuche [13] wurden jedoch abgewiesen. Zettwoch hat in diesen Bittschriften die Gerechtigkeit des Richterspruches unumwunden anerkannt und nur darauf hingewiesen, daß er durch den seiner Verurtheilung nachgefolgten Ausspruch der Oberkirchenbehörde aller seiner priesterlichen Rechte verlustig und dadurch so hilflos geworden sei, daß er in einem ferneren Welttheil ein Unterkommen suchen müsse. [14]

---

abgesonderten Raume des Zuchthauses verwahrt und zu einer seinen früheren Verhältnissen angemessenen Beschäftigung angehalten wird, daß er die vorgeschriebene ausgezeichnete Kleidung nicht zu tragen hat und daß die Disziplinarstrafe der körperlichen Züchtigung gegen ihn nicht zur Anwendung kommt.

[13] In den Aeußerungen des Festungskommandos zu diesen Gnadengesuchen wird von einem absonderlichen Gemüths- oder Geistes-Zustand des Gefangenen nichts erwähnt und nur angeführt, daß derselbe, einige Strafen, welche er wegen seines vorlauten unanständigen Benehmens erhalten, abgerechnet, sonst im Allgemeinen gut sich betrage.

[14] Nach einer Mittheilung des Bürgermeisters zu Offenburg hat Zettwoch letztmals vor 16 Jahre von Cincinnati an seine in Offenburg lebende Schwester geschrieben, daß er noch keine Stellung habe, daß es ihm aber sonst gut gehe. Ueber sein ferneres Geschick fehlt jede Nachricht.

Literarische Mittheilungen.

Die Entscheidungsgründe zu dem Schiedsspruche in der Berlin-Dresdener Eisenbahnsache. Ein Beitrag zur Lehre von der Auslegung der Verträge von Dr. Karl Georg Wächter. Festschrift zur vierten Säkularfeier der Universität Tübingen. Leipzig, Fueß Verlag, 1877. 48 S.

Der Vorgang, welcher den Gegenstand der genannten Festschrift zur vierten Säkularfeier der Universität Tübingen bildet, ist der zwischen der K. Preussischen und der K. Sächsischen Regierung über den Fortbetrieb der Berlin-Dresdener Eisenbahn entstandene Streit, welcher durch Schiedsspruch des Oberappellationsgerichts der freien Hansestädte vom 28. Juni 1877 im Wesentlichen im Sinne der preussischen Rechtsansicht seine Erledigung fand.

Dieser Vorgang war zunächst bedeutsam für eine Frage des Reichsstaatsrechts, sofern durch denselben erstmals der Art. 76 der Reichsverfassung eine Auslegung und Anwendung gefunden hat, welche der bei Berathung der Reichsverfassung in dem norddeutschen Reichstage von dem Bundeskommissarius v. Savigny gegebenen Erläuterung dieser Verfassungsbestimmung entspricht. Der mit Art. 76 des Entwurfs der Bundesverfassung gleichlautende Art. 76 der Reichs-Verf. bestimmt in Abs. 1, daß Streitigkeiten zwischen verschiedenen Bundesstaaten, sofern dieselben nicht privatrechtlicher Natur und daher von den kompetenten Gerichtsbehörden zu entscheiden sind, auf Anrufen des einen Theils von dem Bundesrathe erledigt werden. Hiezu wurde von dem Bundeskommissarius v. Savigny in der allgemeinen Diskussion des norddeutschen Reichstags zu Art. 70—74 bemerkt:

„Unter dem Worte „erledigt“ ist nur im Allgemeinen angedeutet worden, daß der Bundesrath

seinerseits bestrebt sein wird, falls es ihm nicht gelingt, innerhalb seines Schooßes, ich möchte sagen, im Familienrath eine solche Angelegenheit zu befriedigender Lösung zu bringen, diejenigen Rechtswege selbst zu bezeichnen, auf denen die Sache zum Austrag kommen kann. Vorzugsweise ist dabei auch der Fall einer Verweisung auf Austrägalinstanz vorgesehen. Das verstehen wir unter dem Wort „erledigt"". [1]

Mit Recht wurde allerdings hierauf von Zachariä erwidert, daß ein wesentlicher Unterschied der betreffenden Vorschrift der Reichsverfassung von den entsprechenden Vorschriften des Art. 11 der Bundesakte und der Art. 21, 22 und 23 der Wiener Schlußakte vorliege, sofern es nach der Verf. des nordd. Bundes lediglich in das Ermessen des Bundesrathes gestellt sei, ob er einen solchen Rechtsweg herbeiführen wolle, während es nach der alten Bundesverfassung ein Recht der einzelnen Parteien war, eine solche Erledigung zu fordern. Immerhin ist, indem der Bundesrath den Streit zwischen den beiden Regierungen an das Oberappellationsgericht in Lübeck zur schiedsrichterlichen Entscheidung verwiesen hat, ein Vorgang gegeben, welcher nicht ohne Einfluß auf die Ausführung des Art. 76 Abs. 1 der Reichsverfassung für die Zukunft sein wird. Allerdings jedoch bildet derselbe für die entscheidende Frage, ob der Bundesrath in Anwendung der ihm durch Art. 76 Abs. 1 eingeräumten Befugnisse auch gegen den Willen des oder der im Streit befindlichen Regierungen einen Streit an ein Austrägalgericht zur Entscheidung verweisen kann, kein unmittelbares Präjudiz, da die Verweisung an das Austrägalgericht auf den Antrag, bezw. unter Zustimmung der betheiligten K. Preuß. und K. Sächs. Regierung erfolgte.

Die angezeigte Festschrift beschäftigt sich mit der

---

[1] Materialien von Bezold, Bd. I. S. 584.

mehr privatrechtlichen Seite des Gegenstandes. Sie bezeichnet, ohne die reichsstaatsrechtliche Frage zu berühren, die Aufgabe, welche sie sich gestellt hat, mit folgendem:

„Die Streitigkeit hat durch den Spruch des Schiedsgerichts ihre Erledigung gefunden. Allein der Spruch des Schiedsgerichtes, welcher mit seinen ausführlichen Entscheidungsgründen durch die Presse veröffentlicht wurde, hat noch eine andere, weitergehende Bedeutung. Die Ansichten und Entscheidungen eines mit Recht so hoch angesehenen Gerichtshofs sind überhaupt für die deutsche Rechtswissenschaft und Praxis von großer Bedeutung und von besonderem Einfluß könnten in dieser Beziehung namentlich die vorliegenden Entscheidungsgründe des Schiedsspruchs werden. Sie beziehen sich hauptsächlich auf die wichtige Lehre von der Auslegung der Verträge überhaupt und insbesondere der Staatsverträge und werden dabei auf Grundsätze geführt, welche mehr als bedenklich erscheinen. Hiernach wird der Versuch einer wissenschaftlichen Prüfung jener Entscheidungsgründe einer Rechtfertigung nicht bedürfen; auch wird es dem Sächsischen Juristen nicht zu verdenken sein, wenn er die in der Widmung dieser Schrift bezeichnete Gelegenheit, schon jetzt den Versuch zu veröffentlichen, in einer Sache benützt, in welcher er schon bei dem ersten Durchlesen der Entscheidungsgründe die Ueberzeugung gewinnen mußte, daß Sachsen durchaus seinen Rechten und Pflichten gemäß gehandelt hatte."

Die Schrift zerfällt in vier Theile. Im ersten Theile wird der Streitgegenstand unter Voranschickung des Thatbestandes festgestellt. Diese Darstellung orientirt vollständig über das ganze Streitverhältniß und folgt daher wörtlich:

„Im Jahre 1872 hatte sich eine Aktiengesellschaft zum Bau und Betrieb einer direkten Eisenbahn von Berlin nach Dresden gebildet. Die Königlich Preußische Regierung

ertheilte der Gesellschaft die zu dem Unternehmen erforderliche Konzession für die Strecke der Bahn auf Preußischem Gebiet (ungefähr ²/₃ der Bahnlinie), und auch von der Königlich Sächsischen Regierung wurde in einem Staatsvertrage, welchen beide Regierungen unter dem 6. Julius 1872 über die der Gesellschaft aufzuerlegenden Bedingungen und über das Verhältniß der Regierungen zum Unternehmen der Gesellschaft schlossen, die Konzession für das Sächsische Gebiet (ungefähr ¹/₃ der Bahnlinie) zugesagt, eine Zusage, welche durch ein Königliches Dekret vom 27. September 1872 vollzogen wurde. Die Eisenbahn wurde hierauf von der Aktiengesellschaft im Jahre 1876 innerhalb der in der Konzession festgesetzten Frist zum Betriebe fertig gestellt und in Betrieb gesetzt.

Allein es ergab sich bald, daß die sehr verschuldete Aktiengesellschaft wegen Mangels an den erforderlichen Mitteln nicht im Stande sein werde, den Betrieb der Bahn fortzusetzen und die noch nöthige Vollendung von einzelnen Bauten und Ausstattungen der Bahn zu bewerkstelligen. Der Ausbruch eines Konkurses über die Gesellschaft stand unvermeidlich bevor, wenn man ihr nicht auf eine außerordentliche Weise zu Hilfe kommen würde.

Die Preußische Regierung, welche ein ganz besonderes Interesse an der Erhaltung der Bahn hatte, war zur Gewährung einer solchen Hilfe durch Leistung einer Zinsgarantie für weitere von der Gesellschaft aufzunehmende Anlehen und durch Uebernahme der Verwaltung und des Betriebes der ganzen Bahn bereit. Es wurde darüber von Königlich Preußischen Kommissarien mit der Gesellschaft unter dem 18. Juni 1876 vorläufig ein Vertrag verabredet, an dessen Stelle ein von der Preußischen Staatsregierung mit der Gesellschaft unter dem 5. Februar 1877 geschlossener Vertrag trat, nach welchem namentlich die Gesellschaft sofort für immer die Verwaltung und den Betrieb der Bahn auf den Preußischen Staat übertragen und der Letztere berechtigt sein soll, nach Ablauf von 15 Jahren

die Uebertragung des Eigenthums der ganzen Bahn von der Gesellschaft zu verlangen.

Aber auch die Sächsische Regierung war bereit gewesen, der Gesellschaft die nöthige außerordentliche Hilfe zu gewähren. Schon im Februar 1876 wendete sich die Eisenbahngesellschaft an die Sächsische Regierung, um mit ihr einen Vertrag wegen Uebernahme des Betriebes der Bahn auf ihrer ganzen Strecke abzuschließen. Allein die Sache zerschlug sich, da die Sächsische Regierung in Verhandlungen mit der Gesellschaft nicht ohne Vorwissen und Zustimmung der Preußischen Regierung eintreten wollte, die Gesellschaft aber, als sie hiernach sich an das Preußische Handelsministerium wegen dessen Zustimmung zu dem beabsichtigten Vertrage gewendet hatte, den Bescheid erhielt, daß das Preußische Staatsministerium die Ueberlassung des Betriebes der Berlin-Dresdener Eisenbahn an die Sächsischen Staatsbahnen mit Rücksicht auf die öffentlichen Verkehrs-Interessen für unzulässig erachte.

Nicht sehr lange darauf, unter dem 19. Juni 1876, wurde die Sächsische Regierung von der Preußischen benachrichtigt, daß sie mit der Eisenbahngesellschaft wegen des Abschlusses eines Zinsgarantie- und Betriebsüberlassungs-Vertrages in Verhandlung getreten sei, und zugleich angegangen, das Sächsischerseits erforderliche Einverständniß mit dem Abschlusse eines Betriebsüberlassungsvertrages zwischen der Preußischen Regierung und der Eisenbahngesellschaft zu erklären. Die Sächsische Regierung erwiderte jedoch, außer Stande zu sein, zu einem solchen Vertrage ihre Zustimmung zu geben, erkannte übrigens dabei durchaus an, daß eine Unterstützung der Aktiengesellschaft, um deren Konkurs und völligen Zusammenbruch zu vermeiden, sehr wünschenswerth sei und daß die nothwendige Vereinbarung beider Regierungen über die desfalls zu treffenden Maßregeln leicht ausführbar gewesen wäre. Sie war aber auch von ihrer Seite noch zu einer eingreifenden Hilfe bereit, als im Spätjahr 1876 die

Direktion der Eisenbahngesellschaft die Anfrage an sie richtete, ob sie geneigt sei, auf den Ankauf der Berlin-Dresdener Bahn zu reflektiren. Die Sächsische Regierung war nicht abgeneigt, auf diese Anfrage, jedoch nur in Beschränkung auf die in Sachsen gelegene Bahnstrecke, einzugehen und diese Strecke anzukaufen, um dadurch den der Gesellschaft drohenden Konkurs abzuwenden, indem dann die Gesellschaft des Ausbaues der kostspieligen Dresdener Bahnhofsbauten überhoben und, auch wenn von der Preußischen Regierung die Preußische Bahnstrecke nicht angekauft würde, die Mittel zu den auf der Preußischen Strecke noch nöthigen Bauten erlangen würde.

Die Sächsische Regierung legte daher unter dem 6. September 1876 die Angelegenheit der Preußischen Regierung vor, indem sie anerkannte, daß die Ausführbarkeit des Ankaufsplans von der Geneigtheit der Preußischen Regierung, zu demselben ihre Genehmigung zu geben, und von der Voraussetzung abhänge, daß vorher mit der Letzteren eine Vereinbarung über Sicherstellung der Forterhaltung der Bahn auf Preußischem Gebiete und über Herstellung eines gemeinschaftlichen einheitlichen Betriebes der ganzen Bahn zu Stande kommen würde. Allein Preußen sprach die alleinige Verwaltung und Leitung des Betriebes der ganzen Bahn an, und nahm ein Recht dazu unter Berufung auf den Staatsvertrag von 1872 in Anspruch, während Sachsen in seinen Interessen und Rechten sich wesentlich verletzt erachtete, wenn auf der Sächsischen Strecke Betrieb und Verwaltung der Bahn nicht in die Hände der Sächsischen Staatsverwaltung kommen würde, und dabei auszuführen suchte, daß ein Recht der Preußischen Regierung auf den alleinigen Betrieb der ganzen Bahn aus dem genannten Staatsvertrage nicht gefolgert, und die Berechtigung Sachsens, die Zustimmung zu einem Betriebs-überlassungs-Vertrag zwischen Preußen und der Eisenbahn-gesellschaft zu versagen, nicht in Abrede gezogen werden könne.

Allein die Verhandlungen beider Regierungen, welche sich bis in das Jahr 1877 hinzogen, führten zu keinem Erfolg. Die Note der Sächsischen Regierung vom 2. Febr. 1877, in welcher sie sich u. A. wiederholt bereit erklärte, in Verhandlung über den Ankauf der Sächsischen Strecke zu treten, um einer Katastrophe des Unternehmens möglichst vorzubeugen, war die letzte, und wenige Tage darauf schloß die Preußische Regierung ohne vorherige Verständigung mit Sachsen den oben angeführten Vertrag vom 5. Februar 1877 mit der Eisenbahngesellschaft ab.

Es handelte sich nun von der vor das Schiedsgericht gebrachten Frage, ob die Sächsische Regierung verpflichtet sei, zu diesem Vertrage, somit namentlich zum sofortigen bleibenden Uebergang der Verwaltung und des Betriebes der ganzen Eisenbahn auf die Preußische Regierung, ihre erforderliche Zustimmung zu geben.

Das Schiedsgericht entschied unter dem 28. Juni 1877 dahin, „„daß die Königlich Sächsische Regierung für verpflichtet zu erachten sei, zu dem von der Königlich Preußischen Regierung mit der Berlin-Dresdener Eisenbahngesellschaft unter dem 5. Febr. d. J. vereinbarten Vertrage ihre Zustimmung zu ertheilen, jedoch mit der Maßgabe, daß die ihr nach dem Staatsvertrage vom 6. Juli 1872 zustehenden Rechte nicht geschmälert werden, und insonderheit der §. 12 des Vertrags vom 5. Februar der Königlich Sächsischen Regierung gegenüber nicht in Wirksamkeit trete"".

Auf dieses Resultat kam das Schiedsgericht durch eine überraschende Interpretation des Staatsvertrages von 1872, die auf Grundsätze gebaut ist, welche unseres Erachtens von der Wissenschaft entschieden zu bekämpfen sein werden."

Im zweiten Abschnitt erörtert der Herr Verfasser den Staatsvertrag vom 6. Juli 1872, insbesondere den Art. 14 desselben und gelangt auf Grund dieser Untersuchung zu dem Ergebniß, daß die Wirksamkeit und Geltung des

Vertrags gefallen ist. Es wird aus der eingehenden Darlegung des Inhalts des Vertrags gezeigt, daß derselbe lediglich die Gründung einer Eisenbahn von Berlin nach Dresden durch eine Aktiengesellschaft zum Gegenstand hat und bloß auf diesen Fall sich bezieht, daß ihm durchaus die Voraussetzung zu Grunde liegt, diese Gesellschaft werde den Bau der Bahn vollenden, sie in Betrieb setzen und im Betrieb derselben bleiben und daß dann nach 30 Jahren jede der beiden Regierungen das Recht haben soll, die auf ihrem Gebiete liegende Strecke der Bahn von der Gesellschaft anzukaufen und zwar nach einem Ankaufspreise, der sich dem preußischen Gesetze vom 3. Nov. 1838 zufolge nach den Dividenden bestimmt, welche die Aktionäre in den letzten 5 Jahren erhielten. Daraus, daß diese Voraussetzungen mit der Unfähigkeit der Gesellschaft, die Bahn zu behaupten und fortzuführen, gefallen sind, daß „der Gegenstand, auf den sich der Staatsvertrag allein bezog, nicht mehr existirt", daß „der Bestand des Verhältnisses, (des Unternehmens der Aktiengesellschaft), auf welchen der ganze Staatsvertrag berechnet war, unmöglich geworden ist", wird als unzweifelhaft gefolgert, daß derselbe jede Wirksamkeit gegen seine Kontrahenten verloren hat und als gefallen zu betrachten ist.

Im dritten und vierten Abschnitt folgt der Herr Verfasser den Entscheidungsgründen auf den von ihnen eingenommenen Standpunkt. Das Schiedsgericht erklärte in seinen Gründen die Auffassung des Vertrags von 1872, zu welcher der Herr Verfasser im Einklang, wie es scheint, mit dem von der Sächsischen Regierung eingenommenen Standpunkt gelangt ist und deren Begründung der zweite Abschnitt enthält, für eine zu eng begrenzte und führt nach seiner Auffassung dieses Vertrags aus, daß derselbe „zugleich die Eigenschaft eines vorbereitenden Vertrages gehabt habe, welcher die eventuelle Einwilligung zum Eingehen auf die veränderte Ein-

richtung in sich schließe". An sich erkennt der Herr Verfasser die Möglichkeit solcher vorbereitenden Verträge mit der Wirkung der Verpflichtung, in ein weiteres Vertragsverhältniß unter veränderten Umständen einzuwilligen, im Grundsatze an. Allein er verlangt hiefür, worüber kein Zweifel sein kann, insbes. unter Berufung auf das Preuß. A.L.R. I, 11, §. 654, das Sächs. bürgerl. Ges.-Buch §. 1068. Dernburg Preuß. Pr.R. B. 2, Abth. 1, §. 43, daß der Inhalt des Vorvertrags die gehörige Bestimmtheit habe. Die Ausführung des Herrn Verfassers, daß es unter allen Umständen an diesem Erforderniß der Bestimmtheit fehle, wiederzugeben, würde hier zu weit führen. Dieselbe ist so eingehend und überzeugend, daß jeder, welcher sie prüft, zu demselben Ergebniß gelangen wird, zu welchem der Herr Verfasser gelangt ist, daß „in dem Staatsvertrag von 1872 kein Moment gefunden werden kann, aus welchem über den konkreten Inhalt, den der vorbereitende Vertrag haben soll, irgend ein Schluß gezogen werden könnte, zu was die Einwilligung eines Kontrahenten, welcher die Proposition des andern nicht annimmt, erzwungen werden soll". Wenn das Schiedsgericht gleichwohl zu einem andern Ergebniß gelangte, so war dieß, wie aus der Beleuchtung der Entscheidungsgründe (S. 20—28) klar hervorgeht, nur möglich, in dem es von der privatrechtlichen Auffassung über Verbindlichkeit vorbereitender Verträge abgeht und gestützt auf den Versuch, dem Vertrag von 1872 die besondere Natur „eines völkerrechtlichen Gesellschaftsvertrags" zu vindiciren, unter Berufung auf Heffter europ. Völkerrecht, Ausg. 3 §. 92, II, aus dem öffentlichen Interesse, welches für beide Staaten an der Aufrechthaltung des Unternehmens vorliege, aus der beiderseitigen Zusage „dem Unternehmen jetzt wie später, ein schützendes und förderndes Interesse zu Theil werden zu lassen", aus dem Umstande, „daß ein Gesellschaftsvertrag der fraglichen Art auf der Grundlage gegenseitigen Vertrauens abgeschlossen sei", gefolgert hat, daß „vermöge

dieser Grundlage ein freieres Ermessen zu bestimmen habe, ob und wie eine nur allgemein kundgegebene Vereinbarung vorkommenden Falls Anwendung zu finden habe, und der darin liegende Gesammtgehalt im Wege der Auslegung zu spezialisiren sei". Letzteres geschieht des Näheren im weiteren Verlaufe der Entscheidungsgründe. Dieselben erklären es zwar für selbstverständlich, daß die allgemeine Vereinbarung, einem Eisenbahnunternehmen Schutz und Förderung angedeihen zu lassen, in keiner Weise die Verpflichtung in sich schließe, für das Unternehmen sich neuen, d. h. im Vertrage nicht vorgesehenen Leistungen und Opfern zu unterziehen, dagegen lasse sich der Ansicht nicht beitreten, daß die Sächsische Regierung der Preußischen gegenüber zu irgend einer bestimmten Maßregel, um das Unternehmen zu retten, überhaupt nicht verpflichtet sei.

„Vielmehr, wird gesagt, ist der dargelegten rechtlichen Natur des fraglichen Gesellschaftsvertrags gemäß jeder Kontrahent verbunden, dem andern Kontrahenten, wenn derselbe zur Aufrechterhaltung des gefährdeten Unternehmens seinerseits Maßregeln ergriff, nicht ohne Grund hinderlich zu werden. Er ist daher verbunden, zu solchen Maßregeln die Hand zu bieten, wenn ihm damit weder die Uebernahme neuer Leistungen und Opfer, noch eine sonstige Abweichung vom allgemeinen Vertragsrecht angesonnen wird".

Auf Grund einer Ausführung, nach welcher diese Bedingungen zutreffen sollen, ist sodann das Schiedsgericht zu dem oben mitgetheilten Spruche gelangt.

Der rechtlichen Grundlage dieser ganzen Deduktion tritt der Herr Verfasser von vornherein durch den Nachweis entgegen, daß die Ausführung von Heffter, auf welche sich die Gründe berufen, von diesem selbst in den späteren Auflagen seines Völkerrechts auf Allianzen und Konföderationen unter Ausschluß der von ihm sog.

regulatorischen Verträge, zu welch' letzteren der Vertrag von 1872 unzweifelhaft zu zählen ist, beschränkt wurde. Sodann wird Schritt für Schritt durch Vergleichung der einzelnen Bestimmungen der Verträge von 1872 und 1877 ausgeführt, daß die in den Gründen auf dem Wege der Auslegung gefundene Spezialisirung des Inhalts des angenommenen Vorvertrags mit wesentlichen Bestimmungen des Vertrags von 1872 in Widerspruch steht und klare Rechte der Sächsischen Regierung verletzt, wenn gleich der Schiedsspruch nicht soweit gegangen ist, auch diejenige Vorschrift des §. 12 des Vertrags vom 5. Febr. 1877, nach welcher Preußen berechtigt ist, das Unternehmen auf das Reich zu übertragen, als auch für die Sächsische Regierung verbindlich zu erklären. (S. 28—48).

Das Gesammtergebniß seiner Erörterungen faßt der Herr Verfasser dahin zusammen:

> „Der Staatsvertrag von 1872 ist durch das Zusammenfallen seiner Voraussetzungen ganz gefallen, ein in den Entscheidungsgründen angenommener weiterer Vertrag aber, ein Vorvertrag, durch welchen Sachsen zur Zustimmung zu dem Preußischen Vertrag von 1877 verpflichtet sein soll, ist im Staatsvertrage nicht enthalten und jedenfalls würde der Vorvertrag, den die Entscheidungsgründe in ihm finden wollen, unwirksam und ungiltig gewesen sein".

Die vorstehende kurze Inhaltsübersicht, auf welche wir uns mit Rücksicht auf den zu Gebot stehenden Raum beschränken mußten, wird genügen, um die Bedeutung dieser neuesten Arbeit des berühmten Herrn Verfassers zu würdigen.

Wenn der Streit selbst auch formell erledigt ist, so hat doch die Besprechung desselben als Erörterung der Grundsätze über Auslegung der Verträge einen bleibenden wissenschaftlichen Werth. Der subjektive Eindruck, welchen man über den ganzen Vorgang aus der Schrift erhält, läßt sich wohl dahin zusammenfassen, daß dem Schieds-

gericht jedenfalls der Vorwurf nicht gemacht werden kann, es habe die Warnung unbeachtet gelassen, welche in der Rechtsparömie liegt, fiat justitia, pereat mundus.

Die strafrechtlichen consilia Tubingensia von der Gründung der Universität bis zum Jahre 1600. Von Dr. H. Seeger, o. ö. Professor der Rechte. Festprogramm der juristischen Fakultät zur vierten Säkularfeier der Universität Tübingen. 103 S.

Die Anzeige dieser ausschließlich auf dem Gebiete der rechtsgeschichtlichen Forschung liegenden Schrift in dem für die Rechtsanwendung und die Entwicklung des geltenden Rechts bestimmten Archiv wird im Hinblick auf den Anlaß ihrer Veröffentlichung einer besondern Rechtfertigung kaum bedürfen. Die Besprechung einer Festschrift der Juristenfakultät in Tübingen zu der im vorigen Jahre festlich begangenen vierten Säkularfeier der Universität, einem Feste, das ein glänzendes Blatt in der neuesten Geschichte Württembergs bildet, scheint der Redaktion des den württembergischen Rechtszuständen vorzüglich gewidmeten Archivs eine selbstverständliche Pflicht zu sein.

Der Zeitraum, auf welchen die Schrift ihren geschichtlichen Rückblick beschränkt hat, ist ein verhältnißmäßig kurzer; auch ist es nicht eben eine große Zahl von Konsilien, welche aus diesem Zeitraume auf uns gekommen sind. Gleichwohl ist es als ein glücklicher Griff zu bezeichnen, daß gerade diese Periode und die in dieselbe fallenden Konsilien zum Gegenstand dieser Spezialuntersuchung gemacht wurden, einmal schon aus dem Grunde, weil sie der Zeit der Gründung der Universität am nächsten liegen und daher eine unmittelbare Beziehung zu dem Anlaß der Schrift geboten haben, sodann weil eben diese Periode durch den geistigen Aufschwung der deutschen Nation auf allen Gebieten des nationalen Lebens hervorragt und speziell für die Entwicklung des deutschen Straf-

rechts durch die Erlassung des ersten deutschen Reichsstrafgesetzes, „des Kayser Karls V. und des heil. Röm. Reichs peinlich gerichtsordnung“ vom 27. Juli 1532 und die Vorbereitungen zu derselben [1] folgenreich und entscheidend war.

Die besprochenen Konsilien sind zum größten Theile den Konsiliensammlungen zweier Tübinger Rechtslehrer, des Martinus Uranius Prenninger, Professor zu Tübingen von 1490—1501, zuvor bischöflicher Kanzler und Advokat in Constanz und des Professors Johann Sichardt [2] entnommen. Die Konsilien des Prof. Prenninger wurden von dessen Urenkel, Fr. Prenninger, Advokaten in Rothenburg a. d. T. in 3 Bänden in den Jahren 1597 und 1607 veröffentlicht. Die in der Schrift besprochenen strafrechtlichen Konsilien Sichardts bilden den ersten Theil einer Sammlung, welche nahezu 50 Jahre nach seinem Tode, im Jahre 1599 in Frankfurt a. M. erschienen ist. Eine größere Zahl dieser ist für die Fakultät verfaßt. Außerdem werden zwei Konsilien von Ludwig Gremp von Freudenstein, dessen Name noch heute in seinem Stipendium in Tübingen fortlebt, besprochen. Das erste vom Jahre 1553 ist in der Sammlung des Frankfurter Stadtschreibers Sichardt, B. 3 cons. 35, das zweite in der von Besold herausgegebenen Sammlung consiliorum Tubingensium, Vol. VI. Tubingen, 1656. B. 1. S. 176 u. f. enthalten. Einige weitere Konsilien, welche als in diese Zeit fallend besprochen werden, waren bis jetzt nicht veröffentlicht. Das Eine von dem ersten Rektor und zweiten Kanzler der Universität, Johannes Vergenhans, (Nauclerus), findet sich an einen Kommentar über den Hebräerbrief und ein anderes theologisches Schriftstück angebunden in einem alten Handschriftenbande der Universitätsbibliothek zu

[1] Vgl. hierüber Wächter, Beilagen zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht, 1. Lief. S. 100—126.

[2] Vgl. Mandry, über Joh. Sichardt, Württ. Jahrbücher, 1872, S. 26 u. f.

Tübingen, betrifft übrigens keine strafrechtlichen Fragen (S. 7). Zwei Urtheile der Fakultät in Strafsachen von 1590 und 1600, sodann Aktenstücke von 1563 über einen Auftrag Herzog Christophs zur Erstattung eines Gutachtens über die Strafbarkeit des Meineids und ein Konsilium über einen Hexenprozeß vom J. 1600 sind dem K. Archiv in Stuttgart entnommen. (S. 85).

Die erörteten Konsilien verbreiten sich über zahlreiche Fragen des Verfahrens in Strafsachen und des Strafrechts nach dem Stande der damaligen Wissenschaft und Praxis. Der Herr Verfasser der Festschrift hat ihren Inhalt nach allen Seiten unter steter Anknüpfung an die sonst bekannten geschichtlichen Ueberlieferungen und Erörterungen entwickelt und für die geschichtliche Forschung nutzbar gemacht. Seine Untersuchungen liefern werthvolle Beiträge zu der Beantwortung der allgemeinen Fragen über die Gründe und den Anfang des Gebrauchs, das Gutachten Rechtsgelehrter einzuholen und dessen Inhalt als Urtheil zu verkündigen, über das Verhältniß des römischen und kanonischen Rechts zu dem deutschen Rechte und den Sieg der ersteren über das letztere, über die Geltung der Carolina gegenüber dem römischen und dem Landesrechte, über die bei Abfassung der Gutachten befolgte Methode und die Gründe, aus welchen in dieser Periode bis in die zweite Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts die Leistungen der deutschen Juristenfakultäten vorherrschend auf diesem praktischen Gebiete und wenig auf dem Felde theoretischer Forschung liegen.

Außerdem ist es eine Reihe von Spezialfragen, über welche die gründlichen Untersuchungen der Festschrift ein weiteres Licht verbreiten. In den Konsilien der Prenningerschen Sammlung ist von allen Verbrechen aus dem Gesichtspunkte des weltlichen Strafrechts nur die Injurie und diese fast durchweg als Privatdelikt behandelt. Als Strafe erscheint überall Privatbuße in Geld neben infamia. Die Beträge sind nach dem damaligen Geldwerth und im

Vergleich mit den heutigen Ansätzen sehr beträchtlich, für eine wörtliche und Realinjurie mindestens 50 Gulden, einmal 30 Gulden für eine durch Oeffentlichkeit und andere Umstände erschwerte Injurie 100 aurei Rhenenses, einmal ist sogar der Rath ertheilt, den Antrag auf eine Strafe von 1000 solcher aurei, (ein Goldgulden gleich 6 ℳ. 40 Pf. heutiger Währung) zu stellen. Der Thatbestand der Injurie wird im Anschluß an den römischen Begriff weit gefaßt. Die Einrede der Wahrheit hebt an sich die Strafe nicht auf (S. 9—11).

Das vierte consilium des zweiten Bandes der Prenningerschen Sammlung behandelt die Verantwortlichkeit juristischer Personen; es wird zwar die strafrechtliche Zurechnung bei juristischen Personen im Anschluß an die communis opinio der Italiener seit Bartolus nicht gänzlich ausgeschlossen, doch in einer einen Fortschritt der Erkenntniß bekundenden Weise dahin beschränkt, daß eine universitas nur wegen solcher Delikte belangt und verurtheilt werden könne, welche sie als solche, d. h. nach vorheriger Berathung und Beschlußfassung in der universitas selbst begangen habe und auch dann mit Ausnahme der widersprechenden Mitglieder (S. 15).

In dem Cons. 26. ist ein Fall überschrittener Nothwehr aus dem Gesichtspunkte rein kirchlicher Bestrafung der Exkommunikation besprochen (S. 16).

Das älteste bekannte strafrechtliche consilium der Tübinger Juristenfakultät als Kollegium vom Jahr 1536 betrifft die Rechtsfrage, wie die Wiedertäufer zu bestrafen seien, welche Frage Herzog Ulrich auf Veranlassung der Reformatoren Schimpf und Blarer der Fakultät hatte vorlegen lassen. Bemerkenswerth ist das Responsum, welches unter ganz kurzer Berufung auf l. 2 C. ne sanctum (1,6) sich für die Todesstrafe durch das Schwert erklärt, übrigens mit dem Vorbehalte der Milderungsgründe, deren Benützung, wie der Herr Verfasser beifügt, zur Vermeidung harter Strafen seit dieser Zeit in der Straf-

rechtsgeschichte eine so bedeutende Stelle einnimmt (S. 24).

Die Sichardtschen Gutachten beschäftigen sich vorzugsweise mit prozessualischen Fragen, sie erörtern die Erfordernisse des Untersuchungsverfahrens und sein Verhältniß zum Anklageverfahren, die Bedingungen giltiger Geständnisse, den Inhalt und die Bedeutung beschworener Urfehde, die Voraussetzungen und die Wirksamkeit des sicheren Geleits u. s. f. (S. 25). Sehr beachtenswerth ist die Schilderung, welche der Herr Verfasser von dem damaligen Zustande des Strafprozesses, der Verwirrung, die in denselben das Eindringen der fremden Rechte gebracht hatte, im Anschluß an die Sichardtschen Konsilien (S. 28—39) gibt. Nach seinem mit Beispielen belegten Urtheil wurden übrigens die Nachtheile, welche mit der Rezeption der römischen Gesetzbücher verbunden waren, durch die segensreiche Wirkung der auf das römische Recht gegründeten Wissenschaft, und die Schutzwehr überwogen, welche namentlich gegen Mißbrauch und Verkümmerung der öffentlichen Gewalt der neue Gelehrtenstand mittelst seines Ansehens und seiner Unabhängigkeit zu bilden vermochte. „Sichardt und seine Zeitgenossen, wird gesagt, wahren in ihren Konsilien der Obrigkeit das Recht zu Verfolgung von Missethaten von Amtswegen; sie vertheidigen das Recht der Nothwehr; sie treten mißbräuchlicher Ertheilung des sichern Geleits entgegen, wie sie andererseits vor Verletzung desselben warnen, sie weisen die Wirkungen des Geleits und der beschworenen Urfehde, die Auferlegung des Reinigungseids in verständige Schranken; einer übereifrigen Stadtbehörde gegenüber werden die Grenzen der Strafgerichtsbarkeit zur Geltung gebracht, eine andere wird an das Recht der Bürgerschaft auf eine Vertretung erinnert; einen von seinem, nicht näher bezeichneten „mächtigen", Fürsten mißhandelten Beamten vertheidigt Sichardt mit allen Mitteln damaliger Gelehrsamkeit, aber auch mit der vollen Macht sittlichen Ernstes gegen die Willkührmaßregeln des

von Neidern und Strebern mißleiteten mächtigen Herren. Vor dem entsetzlichen Unfuge der Hexenverfolgungen schützt die Fakultät zwei Frauen, ebenso wie später die Mutter Kepplers".

Ein wohlverdientes Lob wird hier den Vertretern der Rechtswissenschaft in Tübingen aus längst vergangener Zeit gezollt. Um so dankbarer ist es anzuerkennen, daß der Herr Verfasser „die praktischen Arbeiten, in welchen die damaligen Juristen ihre Stärke hatten und durch welche sie im Großen und Ganzen einen wohlthätigen Einfluß übten, der Vergessenheit zu entreißen, und ihre Bedeutung für die Rechtsentwicklung darzulegen" in Erfüllung einer von ihm empfundenen „Pflicht nationaler Dankbarkeit" unternommen hat. Aber nicht nur eine Pflicht nationaler Dankbarkeit hat der Herr Verfasser mit seiner Festschrift erfüllt; unzweifelhaft ist dieselbe auch ein werthvoller Beitrag zu der geschichtlichen Erforschung und der Wissenschaft des Strafrechts, wie überhaupt zu der deutschen Kulturgeschichte.

Das Recht der Forderungen nach seiner dermaligen Geltung in Württemberg, von A. Hegler, Kreisgerichtsrath in Stuttgart. W. Kohlhammer. 228 S.

Ueber den äußern Anlaß der vorliegenden Schrift und über die Aufgabe, welche sich der Herr Verfasser hiebei gestellt hat, äußert sich derselbe in dem Vorwort. Die vorliegende Bearbeitung des in Württemberg geltenden Rechts der Forderungen ist aus einem Lehrauftrag entstanden, mit welchem der Herr Verfasser für den jährlichen Unterrichtskurs der Notariatskandidaten betraut ist. Aus diesem Anlaß der Entstehung erklärt sich die Art der Behandlung und rechtfertigt es sich insbesondere, daß einerseits die Anführung der Quellen des gemeinen, namentlich des römischen Rechts, ebenso die Angabe der Literatur mit Ausnahme des überall berücksichtigten württ. Archivs,

sowie die Behandlung von Streitfragen und rechtsgeschichtlicher Erörterungen möglichst unterlassen wurde, andererseits der gesammte Stoff des in Württemberg derzeit geltenden Rechts der Forderungen, auch das Wechsel- und Handelsrecht vorgetragen wird. In dieser Richtung auf das unmittelbar praktische Bedürfniß, welche es allein möglich machte, den umfassenden Stoff in dem verhältnißmäßig kleinen Umfang der Schrift zu beherrschen, liegt unzweifelhaft die beste Empfehlung derselben. Allen Praktikern namentlich wird diese Arbeit doppelt willkommen und werthvoll sein, da seit dem Handbuch des Württ. Privatrechts von Bierer (Stuttgart 1862—63) keine die fruchtbare Gesetzgebung der letzten zwei Jahrzehnte berücksichtigende Bearbeitung des württ. Obligationenrechts erschienen ist. Insbesondere gewährt die Schrift, welche selbstverständlich namentlich die Reichsgesetzgebung der letzten Jahre, einschließlich der im nächsten Jahre in Wirksamkeit tretenden Reichsjustizgesetze berücksichtigt hat, den Praktikern den großen Vortheil, überall, wo die Reichsgesetzgebung eingreift, auf dieselbe aufmerksam gemacht zu werden.

Die hergebrachte Eintheilung des Obligationenrechts in einen allgemeinen und besonderen Theil ist beibehalten. Der allgemeine Theil, von den Forderungen überhaupt, behandelt in 6 Kapiteln 1) Begriff und Subjekt, 2) Gegenstand, 3) Ausübung, 4) Entstehung, 5) Erlöschung des Forderungsrechts, 6) Eintritt in ein fremdes Obligationsverhältniß. Der besondere Theil theilt sich in zwei Abschnitte, I. Forderungen aus Verträgen und vertragsähnlichen Gründen (S. 93—205), II. Forderungsrechte aus Vergehen und deliktsähnlichen Verhältnissen (S. 205—216). Der erste Abschnitt zerfällt in 9 Kapitel: 1) der abstrakte Vertrag, 2) die Schenkung, 3) Verträge auf Rückgabe (Realkontrakt), 4) Verträge auf Umsatz, 5) Besorgung fremder Geschäfte, 6) die Rechtsgemeinschaft, 7) die gewagten Verträge, 8) die Verträge zum Zweck der Feststellung und Sicherung von Ansprüchen, 9) die Forderungen

aus vertragsähnlichen und unmittelbar gesetzlichen Gründen. Im zweiten Abschnitt werden außer der allgemeinen Haftpflicht für strafbare Handlungen (§. 82) die Entschädigungsansprüche wegen Vergehen gegen die Person (§. 83), gegen das Vermögen (lex acquilia, Paulianische Klage, Verletzung der Urheberrechte rc. §. 84) und wegen Verletzung besonderer Berufspflichten (§. 85), endlich unter der Ueberschrift „deliktsähnliche Haftung" außer den römisch-rechtlichen Klagen de effusis et dejectis und de pauperie die Ansprüche aus dem Haftpflichtgesetze vom 7. Juni 1871 (§. 86) in gedrängter Kürze erörtert.

Der Herr Verfasser hat überall die Resultate der neuesten Wissenschaft neben der neuen Gesetzgebung verwerthet und man wird nicht leicht eine praktische Frage des Obligationenrechts finden, welche nicht irgendwo kurz berührt wäre. Im Einzelnen könnte man wohl da und dort eine eingehendere Begründung wünschen.

Beispielsweise wird in §. 82 N. 2 der Satz aufgestellt, daß sich die actio doli nach Ablauf von zwei Jahren auf dasjenige beschränke, was durch die Arglist in das Vermögen des Arglistigen oder Betrügers gekommen sei. Dieß beruht auf dem Grundsatze des römischen Rechts, daß die actio doli auf das volle Interesse nur zwei Jahre lang statthaft ist. l. 18, l. 28 D. de dolo. Allein bekanntlich ist die Anwendbarkeit der römisch-rechtlichen Grundsätze über die actio doli, welche wegen ihrer infamirenden Wirkung nach römischem Rechte besonderen Beschränkungen unterlag, sehr bestritten.[1] Insbesondere wird die Anwendbarkeit der zweijährigen Verjährung von Hänel[2] verneint, da „auch diese nur eine Folge des Verhaßtseins der acto doli wegen der durch sie herbeigeführten Infamie sei". Mag man nun auch diesen Grund nicht als zutreffend erachten, so wird doch als die herrschende gemeinrechtliche Ansicht

---

[1] Vgl. Sintenis, Civilrecht §. 124, N. 9.

[2] Archiv für civ. Praxis, B. 12, S. 415.

bezeichnet werden können, daß die zweijährige Verjährung der actio doli, soweit sie auf Entschädigung über die Bereicherung des dolos Handelnden hinaus gerichtet ist, weil diese Verjährung auf dem Zusammenhang der Klage mit der Restitution beruht, im gemeinen deutschen Recht, welches diesen Zusammenhang nicht kennt, keine Anwendung findet.[3] Was namentlich das württembergische Recht betrifft, so setzt bekanntlich der Art. 8 und Art. 12 des Ges. ü. d. privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen vom 5. Sept. 1839 ganz allgemein den Grundsatz der Entschädigungspflicht desjenigen voraus, der eine strafbare Handlung begangen hat, zu welcher der dolus, als Betrug, jedenfalls gehört.[4] Insoweit mithin, als ein Betrug im strafrechtlichen Sinne vorliegt, ist jedenfalls nach württ. Rechte der Entschädigungsanspruch durch keine Zeitfrist beschränkt. Allein auch soweit Handlungen in Frage stehen, welche gemeinrechtlich die actio doli begründen, obwohl sie unter keine besondere Strafbestimmung fallen, wie z. B. Reizung eines Thiers zur Beschädigung, l. 7 §. 6 D. de dol. (4,3) wird nach den angeführten gemeinrechtlichen Schriftstellern die Klage nach Ablauf von 2 Jahren nicht auf die Bereicherung des dolos Handelnden beschränkt sein. Wie man aber auch diese Streitfrage entscheiden mag, so wäre doch, um einer mißverständlichen Auffassung der ausgesprochenen Ansicht zu begegnen, eine kurze Begründung derselben wünschenswerth gewesen.

Ein weiteres Beispiel für die Berechtigung dieses Wunsches findet sich in §. 85, wo der Grundsatz als geltendes Recht aufgestellt wird, daß die Verletzung der Amtspflicht, wenn ihr Arglist oder grobes Verschulden zu Grund liegt, einen Ersatzanspruch des hiedurch Verletzten gegen den Beamten, insbesondere der Richter, sowie eine

---

[3] Vgl. Sintenis a. a. O. Unterholzner Verjährung, B. 2 S. 370.

[4] Vgl. Wächter, Civilist. Archiv B. 23 S. 80.

wenigstens subsidiäre Haftung des Staats, welcher ihn angestellt hat, zur Folge habe. Abgesehen davon, daß außer der Haftpflicht des Richters die Entschädigungspflicht auch durch culpa levis begründet wird, worauf allerdings in der Note aufmerksam gemacht wird, muß der bezüglich der subsidiären Haftpflicht des Staats allgemein behauptete Grundsatz jedenfalls für Württemberg bestritten werden. Es ist zwar richtig, daß einzelne Staatsrechtslehrer eine solche Haftpflicht des Staats behaupten, übrigens mit mehr politischer als positivrechtlicher, civilistischschlüssiger Begründung und zum Theil mit ausdrücklicher Ausnahme bezüglich des durch Justizbeamte zugefügten Schadens. Allein als die herrschende Ansicht muß die Verneinung der Haftpflicht des Staats, außer soweit der Beamte als institor handelt oder eine spezielle gesetzliche Vorschrift, wie z. B. in dem Gesetz v. 18. Aug. 1849 Art. 9, 15, 17, die Haftpflicht ausspricht, behauptet werden. Vgl. insbes. Bericht der staatsrechtlichen Kommission der K. der Abg. zu dem Ges.-Entw. über die Verwaltungsrechtspflege zu §. 2 Z. 3 des Entw.[5] Statt nur in der Note darauf hinzuweisen, daß dieser Satz bestritten sei, wäre es daher unseres Erachtens richtiger gewesen, denselben überhaupt nicht als geltendes Recht in den Text aufzunehmen, ohne ihn wenigstens in einer die entgegengesetzte, herrschende Ansicht widerlegenden Weise zu begründen.

---

[5] Hohl das Ges. über die Verw.-Rechtspflege S. 94 und die in der Erörterung der Frage in diesem Archiv, B. 15 S. 51 N. 71 angeführten Belege. Den in Seuffert Archiv mitgetheilten Entscheidungen des O.-A.-Gerichts in Kassel und des sächsischen und bayerischen obersten Landesgerichts kann eine allgemeine Geltung für das Recht der übrigen deutschen Staaten nicht eingeräumt werden. Für Preußen, und nach dem erwähnten Kommissionsberichte, welche von keiner Seite Widerspruch fand, auch für Württemberg muß die Verneinung der subsidiären Haftpflicht des Staats (und der Gemeinde) für die Beamten als geltendes Recht bezeichnet werden.

Als ein weiteres Beispiel, daß die durchgängig befolgte Kürze und Knappheit der Darstellung, so sehr dieselbe alle Anerkennung verdient und der Rechtsanwendung willkommen sein wird, nicht außer Acht zu lassen ist, wenn von der Arbeit der richtige Gebrauch gemacht werden will, mag noch die Darstellung der Lehre von den Gesellschaften bezeichnet werden. In §. 67 werden die Grundsätze der gemeinrechtlichen Societät dargestellt und in ebenso zweckmäßiger als im Allgemeinen zutreffender Weise die Abweichungen hievon, welche nach dem deutschen Handelsgesetzbuch für die offene Handelsgesellschaft zu beachten sind, hervorgehoben. Hiebei wäre nun aber eine schärfere Unterscheidung zwischen den nach dem deutschen Handelsgesetzbuch und den nach dem gemeinen und württ. Landrecht zu beurtheilenden Gesellschaften und ein tieferes Eingehen namentlich in das Verhältniß der Gesellschafts- und Privatgläubiger wünschenswerth gewesen. In §. 67 („die Gesellschaft"), welcher von der gemeinrechtlichen Societät mit Ausscheidung der in den §§. 68 u. f. besonders behandelten Handelsgesellschaften spricht, wird vorgetragen: „Dritten gegenüber haften für die in Gesellschaftsangelegenheiten erwachsenen Verbindlichkeiten die Gesellschafter wie für andere Verbindlichkeiten mit ihrem ganzen Vermögen, sie können nicht etwa die Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen beschränken, obwohl sie allerdings verlangen können, daß dieses zunächst angegriffen wird und insbesondere im Gantfall die Gesellschaft und folgeweise im Fall des Gants gegen sämmtliche Gesellschafter die Gesellschaftsgläubiger ein Absonderungsrecht am Gesellschaftsvermögen haben". (S. 169).

Nun gilt allerdings für die offene Handelsgesellschaft, wie bekannt, nach Art. 122 des D. H.G.B. der Grundsatz, daß im Fall des Konkurses der Gesellschaft die Gläubiger der Gesellschaft sich zunächst an das Gesellschaftsvermögen zu halten haben und nur wegen des Ausfalls aus dem Privatvermögen der Gesellschafter ihre Befriedigung suchen

können. Allein einmal ist dieser Grundsatz, welchen man vom Standpunkte des persönlich haftenden Gesellschafters aus kurz als ein Recht der Einrede der Vorausklage gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bezeichnen kann, auf den Fall des Konkurses der Gesellschaft beschränkt; außerdem kann der Gesellschaftsgläubiger auch nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch, wenn er nicht vorzieht, die Firma zu belangen, nach seiner Wahl jeden einzelnen beliebigen Gesellschafter direkt für das Ganze in Anspruch nehmen.[6] Sodann wird es kaum möglich sein, die Anwendbarkeit des in dem angef. Art. 122 des D. H.G.B. ausgesprochenen Grundsatzes auch auf die Verhältnisse der gemeinrechtlichen Societät nachzuweisen, während nach der angeführten Stelle der Herr Verfasser die allgemeine Geltung dieses Grundsatzes als selbstverständlich anzunehmen scheint. Ein Absonderungsrecht der Gesellschaftsgläubiger im Konkurse des Gesellschafters bezüglich des Gesellschaftsvermögens besteht ferner außer dem durch Art. 119 des Handelsgesetzbuchs geregelten Verhältniß der Handelsgesellschaften jedenfalls nur für die in Art. 65 des Pfand-Entw.-Ges. speziell bezeichneten, größtentheils jetzt unter die Handelsgesellschaften fallenden Societäten, nicht für alle übrigen, wobei zudem die Annahme eines durch Art. 65 auch den Gesellschaftsgläubigern gewährten Absonderungsrechts gegen den Wortlaut des Gesetzes, welches nur von einem Absonderungsrecht der Gesellschaft, d. h. der Gesellschafter spricht, ausschließlich auf einer Entscheidung des K. Obertribunals vom 11. März 1853 beruht, deren Begründung nicht unbedenklich ist.[7] Da ferner

---

[6] Art. 112 des D. H.G.B. Prot. Ausg. v. Lutz, S. 216 u. f. Hahn Komment. S. 284. Lautenschlager, das D. H.G.B. S. 71, Note 9.

[7] Vgl. Wächter württ. Pr.R. B. 1. S. 628 N. 163. Ein Druckfehler scheint es zu sein, wenn a. a. O. N. 20 gesagt wird: „Das H.G.B. Art. 22 gibt dieses Separationsrecht auch den Gläubigern im Fall des Konkurses der Gesellschaft". Der Art. 22 des H.G.B.

nach der ausdrücklichen Bemerkung in dem Vorworte auch die neuen Justizgesetze berücksichtigt sind, so wäre für die Rechtsanwendung wünschenswerth gewesen, daß der Einfluß der Konkursordnung auf diese Grundsätze gezeigt und das von dem Geltungstermin derselben an in Wirkung tretende wesentlich abweichende Recht kurz dargestellt worden wäre. Dieß ist durch die Verweisung auf §. 44 der D. K.O., welcher neben die Verweisung auf Art. 65 des Pfand-Entw.-Ges. gestellt wird, nicht genügend geschehen. Es findet sich sodann bei der Darstellung der Verhältnisse der offenen Handelsgesellschaft noch weiter der Grundsatz des Art. 40, letzter Abs. des württ. Einf.Ges. z. D. H.G.B. vgl. Art. 122 des D. H.G.B. als geltendes Recht aufgeführt, daß die Privatgläubiger des im Gant befindlichen persönlich haftenden Gesellschafters den Gesellschaftsgläubigern gegenüber ein Absonderungsrecht an dem Privatvermögen der Gesellschafter haben. Dieses Absonderungsrecht wird nun aber durch die D. Konkursordnung aufgehoben[8] und tritt mit dem Geltungstermin des Reichsgesetzes außer Wirkung. Es muß daher zu einem Mißverständniß führen, wenn hiezu in der Note 20, ohne auf die Aufhebung des Absonderungsrechts ausdrücklich hinzuweisen, bemerkt wird: „Das Nähere (vgl. Einf.Ges. Art. 41—43 und Civil-Pr.O. §. 910, sowie die künftige Reichskonkursordnung §. 44) gehört in die Lehre vom Konkurs". Hier handelt es sich nicht um die nähere Ausführung eines an sich geltenden Grundsatzes, sondern um die Aufhebung desselben, mit welchem der angeführte §. 44 der K.O. nichts zu thun hat.

Je unbedinger der Werth der vorliegenden Schrift und ihre Brauchbarkeit nicht nur für das Rechtsstudium, sondern auch für die Rechtsanwendung anerkannt werden

---

enthält Nichts hierher bezügliches und der Art. 122 Satz 2 des H.Geb. spricht von einem Absonderungsrecht der Privatgläubiger (vgl. N. 8), nicht der Gesellschaftsgläubiger.

[8] Vgl. Sarwey, Komment. der K.O. S. 340, oben.

muß, um so mehr schien es Pflicht zu sein, bei der Anzeige derselben zu betonen und durch einige Beispiele zu belegen, daß der behandelte Gegenstand nicht überall erschöpft ist, was nach dem Vorwort auch nicht in der Absicht des Herrn Verfassers lag und was gegenwärtig zu haben, seiner Arbeit den richtigen Gebrauch und die richtige Beurtheilung sichern wird.

Zur Reform der Gesetzgebung über Aktiengesellschaften. Ein Gutachten von A. Bacher, 2. Aufl. Stuttgart bei C. Wittwer 1877. 12° 25 S.

Diese kleine Schrift, erstmals vor bald 5 Jahren als „Manuscript gedruckt und in Fachkreise" versandt, eine Beantwortung der von dem K. Ministerium des Innern an die Centralstelle für Gewerbe und Handel seinerzeit gestellten Fragen über die Reform der Gesetzgebung über Aktiengesellschaften bezeichnet der Herr Verfasser selbst „zur Entschuldigung des Skizzenhaften und zur Rechtfertigung des Umstandes, daß die Verhandlungen und Beschlüsse der Eisenacher Sozialpolitiker keine Berücksichtigung fanden", „als eine in Folge eines befristeten Auftrags am 5. Okt. 1873 festgestellte Eintagsarbeit". Als Anlaß des Wiederabdrucks wird in dem zweiten Vorworte bezeichnet, daß das Gutachten allseitig eine beifällige Aufnahme fand und daß sich demnächst die Reichsgesetzgebung mit den darin behandelten Fragen beschäftigen werde.

Vorangestellt sind die Fragepunkte. Als Gesichtspunkte für deren Beantwortung stellt der Herr Verfasser einige allgemeine Sätze voran:

1) Von einer Rückkehr zu dem System der staatlichen Genehmigung und Oberaufsicht könne nicht die Rede sein. Berufung auf die Motive zu dem Ges. v. 11. Juni 1870.

2) Dagegen werden zur gesunden Regelung der Aktiengesetzgebung, wenn man es nicht für opportun halte, den bisherigen Boden der Gesetzgebung zu verlassen und auf

den Boden der englischen, amerikanischen, italienischen und neueren belgischen hinüberzutreten, was nach so kurzem Bestande des Gesetzes vom 11. Juni 1870 nicht gerechtfertigt wäre, drei Requisite gefordert,

a. bei vollkommener Freiheit der Stipulationen des Gründungs-Vertrags Erzwingung vollständiger Offenlegung aller Elemente desselben und Verantwortung (wohl Verantwortlichkeit) der Gründer als eines besondern nicht in den Aktionären aufgehenden Faktors der Aktiengesellschaft gegenüber bei erwiesenem Mangel der Offenheit, resp. bei falschen Angaben;

b. die Kontrole der Verwaltung der Gesellschaft durch ein Organ der Aktionäre mit Ausschluß desselben von der Verwaltung, welches mit umfassenden Rechten ausgestattet, aber auch strikt normirter Verantwortlichkeit zu unterwerfen ist;

c. die Garantie bestimmter unabhängig von den Beschlüssen der Generalversammlung auszuübender Individualrechte der Aktionäre, sowie das Recht einer zu bestimmenden Minorität, bei bescheinigtem Verdacht von Unzukömmlichkeiten bei der Gründung und Verwaltung die Feststellung des Sachverhalts durch eine gerichtliche Untersuchung herbeizuführen.

Aus diesen Gesichtspunkten, welche allseitige Zustimmung finden werden und wobei nur deren Durchführung im Einzelnen Schwierigkeiten bietet, beantwortet der Herr Verfasser die gestellten Fragen. Bezüglich derselben ist auf die Schrift selbst zu verweisen, da die Antworten ohne ausführliche Begründung so kurz gefaßt sind, daß sie nicht in ein noch kürzeres Resumé zusammengefaßt werden können. Namentlich allen denjenigen, welche sich möglichst rasch über die entscheidenden Gesichtspunkte orientiren wollen, kann die Einsicht dieser kleinen Schrift, deren Reinertrag für das Denkmal auf dem Niederwald bestimmt ist, empfohlen werden.

Die Strafgesetze des Königreichs Württemberg mit alphabetischem Sachregister über dieselben und die damit in Verbindung stehenden Gesetze, Verordnungen und Verfügungen mit Angabe der zur Untersuchung und Bestrafung jeder strafbaren Handlung zuständigen Behörde von Fr. Frisch, Oberamtsaktuar in Waiblingen. 2. Ausg. 1878. 218 S.

Der erste Theil der vorliegenden Schrift enthält das deutsche Strafgesetzbuch nach der Redaktion des Reichskanzleramts vom 26. Febr. 1876 und das württ. Polizeistrafgesetzbuch vom 27. Dez. 1871. Am Rande des Textes sind bei jeder einzelnen Strafandrohung die zur Entscheidung zuständigen Behörden, Gericht,[1] Oberamt, Ortsbehörde, Gemeinderath, Forstamt, gemeinschaftliches Oberamt, Kreis-Regierung, Kirchenkonvent, vorgesetzte (Dienst)-Behörde, Hafendirektion durch die Anfangsbuchstaben beigefügt, und durch Zeichen noch einige nach dem bestehenden Rechte geltende Unterscheidungen in der prozessualischen Behandlung erkennbar gemacht. Der zweite Theil ist ungefähr das, was man früher einen Realindex genannt hat, alphabetisch geordnet, nur mit der Abweichung, daß bei dem einzelnen Gegenstand nicht der Inhalt der zur Anwendung kommenden gesetzlichen oder im Verordnungswege erlassenen Vorschrift angegeben, sondern nur auf dieselbe verwiesen wird. In der vorliegenden zweiten Ausgabe hat der Herr Verfasser den das Strafverfahren vor den Ortsbehörden betreffenden Anhang der ersten Auflage aus dem einleuchtenden Grund nicht wieder aufgenommen, weil dasselbe mit Einführung der Reichsjustizgesetze auf dem Grunde des Mandatsverfahrens neu geordnet werden muß, wogegen an-

---

[1] Es würde vielleicht Manchem erwünscht gewesen sein, wenn statt der allgemeinen Bezeichnung „Gericht" auch zugleich die Bezeichnung des zuständigen Gerichts, Amts-, Land- oder Schwurgericht beigefügt worden wäre, was für eine weitere Auflage dem Herrn Verfasser zur Erwägung empfohlen wird.

zunehmen ist, daß im Uebrigen, abgesehen von der allgemeinen Eröffnung des Rechtswegs an die Strafgerichte gegen die polizeilichen und administrativen Strafbescheide, die bisherigen Zuständigkeiten im Wesentlichen dieselben bleiben werden.

Wenn der Herr Verfasser in dem Vorworte zur ersten Ausgabe die Ansicht ausspricht, daß dieser Realindex die Handausgaben über die angeführten Strafgesetze, einschließlich der Gewerbeordnung ersetze, so kann dieß selbstverständlich nur in einem beschränkten Sinne gemeint sein. Er ersetzt dieselben insoweit, als es sich nur um die erste Orientirung über eine Frage des Strafrechts im weitesten Sinn handelt und wird daher namentlich den Ortsbehörden in der Hauptsache genügen. Er ist jedoch allerdings insofern eine nothwendige Ergänzung auch der Handausgaben der angeführten Gesetze, als diese in zahlreichen Bestimmungen auf sonst gegebene gesetzliche Vorschriften und Verfügungen verweisen und der Index namentlich über die letzteren unter den betreffenden Schlagwörtern die nöthige Auskunft unter Verweisung auf die entsprechenden Stellen des württ. Regierungsblatts und anderer Quellen ertheilt. Insofern ist es richtig, wenn der Herr Verfasser in dem angeführten Vorwort seine Arbeit als ein für jeden Besitzer des Regierungsblatts unentbehrliches Hilfsbuch erklärt.

Daß der Nutzen derselben erkannt wurde, beweist der Umstand, daß die erste Auflage von 2000 Exemplaren, wie das Vorwort zur zweiten Auflage referirt, schon nach 5 Jahren vergriffen wurde. Da in dieser Zeit zahlreiche neue gesetzliche Vorschriften und Verfügungen ergangen sind, so erscheint diese zweite Ausgabe in ihrer erweiterten Gestalt auch sachlich vollkommen gerechtfertigt. Mit Recht bemerkt der Herr Verfasser in seinem zweiten Vorwort hierüber, daß „der Strom unserer Gesetzgebung solche Zusammenstellungen durchaus nothwendig mache". Wenn aber der Herr Verfasser diesen Strom einen „unerschöpflich fließenden" nennt, so wird man doch im Interesse

Aller, welche die Gesetze zu kennen und anzuwenden haben, hoffen dürfen, daß dieser Ausdruck eine Hyperbel und daß die Strafgesetzgebung für eine längere Zeit zur Ruhe gelangt ist. Allerdings wird übrigens die nächste Zeit noch eine Reihe von Landesgesetzen bringen, welche durch die erlassenen Reichsjustizgesetze ohne einen Aufschub zu gestatten, nothwendig geworden sind und die behandelten Gegenstände berühren. Es ist zu wünschen, daß dem Herrn Verfasser bald durch das Bedürfniß einer dritten Auflage Gelegenheit zur Berücksichtigung der noch zu erwartenden Landesgesetze gegeben wird. Doch werden dieselben in einem Nachtrage zu der gegenwärtigen Auflage, ohne den Gebrauch des Ganzen zu erschweren, bearbeitet werden können und daher den Werth dieser Auflage in keiner Weise schmälern. Die Vollständigkeit des Realindex und der Fleiß, mit welchem alle Gebiete des Rechts hiebei berücksichtigt sind, verdient die vorbehaltslose Anerkennung; die Bemerkung in dem Vorworte zur zweiten Auflage, daß man „in diesem Sachregister und in dem Handbuch der ökonomischen Verwaltung [2] so ziemlich Alles finden könne", ist daher, cum grano salis genommen, ganz richtig. Am Schlusse seines Vorworts empfiehlt der Herr Verfasser seine neue Arbeit den Herrn Bezirksbeamten und Ortsvorstehern, den Herrn Richtern, welche in Zukunft auch mit Polizeisachen zu thun haben werden, sowie den Herrn Rechtsanwälten einer recht freundlichen Aufnahme. Wir können diese Empfehlung nur unterstützen.

Civilprozeß-Gesetzgebung nebst Einführungsgesetz vom 30. Jan. 1877. Von D. A. Zimmermann. Berlin, Verlag von E. Grosse 1878. 408 S.

Die vorliegende Ausgabe der Civilprozeßordnung [1] soll dem Handgebrauche dienen. Deßhalb wurde von einem

---

[2] Desselben Herrn Verfassers, vgl. die Anzeige in B. 18 dieser Zeitschrift S. 302.

[1] Vgl. B. 18 S. 154.

speziellen Eingehen in die Motive des Entwurfs und in die Kommissionsberathungen abgesehen, wohl aber darauf gehalten, wie der Herr Verfasser in dem Vorwort bemerkt, die bezüglichen Stellen aus dem Gerichtsverfassungsgesetz, der Strafprozeßordnung, der Reichskonkursordnung sowie anderer einschlägiger Reichsgesetze theils in texto, theils im Auszug wieder zu geben, sowie auf Parallelstellen zu verweisen. Was man von einer solchen Handausgabe erwarten kann, schnell orientirende, kurze das Verständniß des Gesetzes erleichternde Notizen, bequemes Format, deutlicher Druck und sorgfältiges alphabetisches Inhaltsregister ist in dieser Ausgabe geboten. Preis 6 ℳ.

Druckfehlerberichtigung:

S. 113 Z. 3 von unten l. Dr. Hoßbach.

Inhaltsübersicht.

Seite

Zur Lehre von der Commanditgesellschaft auf Aktien:

Rechtsverhältniß der Gesellschaftsgläubiger zu den Commanditist-Aktionären.

Von Herrn Kreisrichter G. Pfizer in Ulm.

In Ulm bestand seit dem Jahr 1873 unter der Firma „Spar- und Creditverein" eine Commanditgesellschaft auf Aktien; das Commanditisten-Kapital von 500 000 fl. war in 100 Aktien zu 5000 fl. zerlegt; einbezahlt waren nur 25% des Nominalbetrags; die weiteren Mittel zum Geschäftsbetrieb (Bank- und andere Geschäfte) wurden durch Anlehen beschafft, für welche Obligationen auf den Inhaber ausgegeben wurden. Bezüglich der Einzahlung auf die Aktien bestimmte der §. 10 der Statuten:

„Der Betrag der Aktien ist mit 25% einbezahlt und mit 75% durch Werthpapiere gedeckt".

Letzteres war unwahr, sofern die „Werthpapiere" nichts Anderes als Schuldscheine über den nicht einbezahlten Betrag der Aktien waren.

„Sollten weitere Baareinzahlungen nothwendig werden, so ist auf den Antrag der persönlich haftenden Gesellschafter von dem Aussichtsrath Beschluß zu fassen.

Sofort werden solche Einzahlungen je mit 10—15% mindestens 4 Wochen vor dem Zahlungstermin den Gesellschaftern persönlich oder durch rekommandirte Briefe angekündigt."

Der erste, nicht auch der zweite Absatz dieses §. 10 wurde in das Handelsregister eingetragen und veröffentlicht.

Im Jahr 1875 wurde gegen die Gesellschaft und die persönlich haftenden Gesellschafter der Gant erkannt; ein Theil der Aktionäre bestritt seine Verbindlichkeit, die rückständigen 75% des Aktienbetrags sofort zu bezahlen, unter Berufung auf den angeführten §. 10 der Statuten; der Gläubigerausschuß machte deßhalb gegen dieselben Klagen anhängig; die erste war gerichtet gegen einen Zeichner von 4 Aktien mit der Klagbitte:

„zu erkennen, daß der Beklagte schuldig sei, die Summe von 15 000 fl. in die Gantmasse des Spar- und Creditvereins zu bezahlen".

Begründet wurde dieses Gesuch mit der Ausführung, daß der Beklagte „zur Nachzahlung dieser Beträge sowohl nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags als nach denen des gemeinen Rechts und des Handelsgesetzbuchs verpflichtet sei".

Der Kreisgerichtshof zu Ulm verurtheilte den Beklagten, indem er unter Hinweis auf Art. 184 des H.G.B. ausführte, daß der §. 10 der Statuten nur für das interne Verhältniß zwischen den Commanditisten einerseits und den persönlich haftenden Gesellschaftern andrerseits Bedeutung haben könne. — Auf erhobene Berufung wies das Landes-Oberhandelsgericht die Klage zur Zeit ab; die Gründe zu dem Urtheil sagen:

„Die Klage ist vom Gläubigerausschuß im Gante des Spar- und Creditvereins erhoben und auf Bezahlung der geforderten Summe in die Gantmasse der Gesellschaft gerichtet. Der eingeklagte Anspruch ist somit die der in Gant gerathenen Gesellschaft zustehende und nunmehr zu ihrer Gantmasse gehörige Forderung an den Beklagten auf Einzahlung seiner rückständigen Einlage.

Der Inhalt dieser vom Beklagten an sich anerkannten Forderung wird der Gesellschaft gegenüber durch den §. 10 der Statuten bestimmt. Hiebei steht der Art. 184 des H.G.B. der Giltigkeit des Schlußsatzes dieses §. 10 nicht im Weg. Denn wenn gleich dieser Artikel auf das Rechts-

verhältniß der Gesellschaft zum Zeichner einer Aktie sich bezieht und das, was in demselben über die Unzulässigkeit der Entlassung des ursprünglichen Zeichners bestimmt ist, auch auf solche Modalitäten der Einzahlung auszudehnen ist, welche die Haftverbindlichkeit aus der Zeichnung illusorisch machen und deßhalb in ihrer Wirkung einer Entlassung des Zeichners von seiner Haftung gleichkommen, so wird doch jedenfalls, wie Klägerin selbst nicht verkennt, durch die Bestimmung des Schlußsatzes des §. 10 das Interesse der Gläubigerschaft an der Volleinzahlung nicht im Mindesten gefährdet, es kann daher dessen Ungiltigkeit aus diesem Artikel nicht abgeleitet werden.

Klägerin bestreitet auch nicht, daß vor dem Gantausbruch der Beklagte zu dieser Einzahlung nur gegen Einhaltung der Bestimmungen des §. 10 der Statuten verpflichtet war. Die Einleitung des Gantverfahrens ist aber nicht geeignet, die Anwendbarkeit dieser Bestimmung der eingeklagten Forderung gegenüber auszuschließen".

Dieß wird näher ausgeführt, insbesondere durch den wiederholten Hinweis darauf, daß die Gläubigerschaft auf Bezahlung der Einlage nicht aus eigenem Recht klage, sondern nur die Rechte der Gesellschaft gegen den Beklagten geltend mache. Sodann fahren die Gründe fort:

„Hienach kann dahingestellt bleiben, ob die Haftverbindlichkeit des Zeichners einer Aktien-Commanditgesellschaft den Gläubigern gegenüber durch Bestimmungen, wie die in §. 10 der Statuten, nicht beschränkt werden kann, ob überhaupt und unter welchen Voraussetzungen ein unmittelbarer Anspruch der Gläubiger an den einzelnen Zeichner einer solchen Gesellschaft besteht. Denn da den Gegenstand der Klage nicht der etwa den Gläubigern direkt gegen den Beklagten, sondern der hievon verschiedene, der Gesellschaft ihm gegenüber zustehende Anspruch bildet, so kommt es diesem Anspruch gegenüber nicht in Betracht, falls den Bestimmungen des §. 10 den Gläubigern gegenüber keine rechtliche Wirksamkeit zukommen sollte.

Auch abgesehen von dem hienach nicht erheblichen Umstand, daß nach Einleitung des Gants über die Gesellschaft deren Gläubiger die Rechte derselben ausüben, liegt im Gantausbruch kein Grund der Aufhebung des Schlußsatzes des §. 10 der Statuten. Denn es bildet dieser Gant ein selbständiges Verfahren zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen. Zu diesem Vermögen gehören, wie andere Guthaben der Gesellschaft, so auch die Forderungen auf Einzahlung der rückständigen Einlagen. Es ist nun aber nicht abzusehen, weßhalb die Einleitung des Gantverfahrens gegen die Regel, nach welcher der Gant auf den Inhalt der Guthaben des Gemeinschuldners ohne Einfluß ist, die Unwirksamkeit derjenigen Beschränkungen, unter denen Beklagter bis dahin statutenmäßig haftete, zur Folge haben sollte.

Diese Folge wäre allenfalls dann begründet, wenn nach der Absicht der Parteien die im Schlußsatz des §. 10 der Statuten enthaltenen Bestimmungen nur für weitere während des Fortbetriebs des Geschäfts der Gesellschaft nothwendig gewordene Einzahlungen und nicht für solche gelten sollten, welche erst nach dem Gantausbruch eingefordert werden. Daß dieß der Sinn der angeführten Bestimmung sei, ist aber weder klägerischerseits behauptet, noch aus dem Inhalt des §. 10 bei seiner allgemeinen Fassung abzuleiten."

Die von der Klägerin gegen dieses Urtheil erhobene, auf Art. 733 Z. 15 der C.Proc.O. gestützte Nichtigkeitsklage wurde vom Reichs-Oberhandelsgericht verworfen aus folgenden Gründen:

„Die Nichtigkeitsklage führt aus:

Die Aktienzeichnung begründe eine Verbindlichkeit des Zeichners nicht bloß gegen die Aktiengesellschaft, sondern auch gegenüber Allen, die mit dieser Gesellschaft kontrahiren, und diese Verbindlichkeit des Zeichners gegen die Gläubiger der Gesellschaft werde angezogen, wenn die Gesellschaft in Konkurs geräth und die Befriedigung der

Gläubiger die Beiziehung des Commandit-Kapitals verlange, daher klage die Gläubigerschaft der in Gant gerathenen Aktiencommanditgesellschaft auf Bezahlung der Einlagen kraft eigenen Rechts und mache nicht bloß die der Gesellschaft gegen den Zeichner zustehenden Rechte geltend. Die Beschränkung dieses eigenen Rechts der Gläubiger durch §. 10 der Statuten sei unvereinbar mit Art. 182 des H.G.B.

Dieses ist nicht zutreffend.

Die Aktienzeichnung begründet eine Verpflichtung zur Zahlung der gezeichneten Summe nur gegen die Gesellschaft; denn der Vertrag, welcher durch die Zeichnung geschlossen wird, wird geschlossen nur zwischen dem Zeichner und der Gesellschaft und nöthigenfalls verwirklicht durch die actio pro socio.

Ein Anspruch der Gläubiger der Gesellschaft auf Einzahlung der gezeichneten Summe gegen den Zeichner könnte nur auf unmittelbare gesetzliche Bestimmung sich stützen, an einer solchen Bestimmung fehlt es aber gänzlich, insbesondere ist sie nicht enthalten in Art. 150, 173, 184 des H.G.B.

Vgl. Renaud, Recht der Aktiengesellschaft 2. Aufl. S. 864 ff.

Es gibt gesetzliche Beschränkungen der Befugniß der Aktiencommanditgesellschaft, über den Gesellschaftsfond zu verfügen, welche gegeben sind zur Sicherung der Gläubiger der Gesellschaft; dahin gehört: das Verbot der Entlassung des Mitglieds einer Aktiencommanditgesellschaft durch diese von der Verpflichtung den vollen Betrag der Aktie einzubezahlen: Art. 184, 197" .. (es folgt der Hinweis auf ähnliche Bestimmungen in Art. 203 und 204 des H.G.B.). „Aber diese Beschränkungen sind etwas ganz Anderes als Konstituirung eines selbständigen Rechts der Gläubiger auf Einzahlung der Einlagen; neben einem solchen Recht wären die in den Art. 184, 197 aufgestellten Beschränkungen ganz überflüssig; daß sie aufgestellt sind, spricht

also ganz positiv gegen das behauptete selbständige Recht der Gläubiger.

Vgl. Thöl, Handelsrecht I. §. 153, 188 (5. Aufl.).

Der Commanditist-Aktionär haftet, wie der Aktionär, aus seiner Zeichnung nur der Gesellschaft und nur nach Maßgabe der Statuten; insbesondere Art. 184 H.G.B. spricht es für den Commanditisten aus, daß der ursprüngliche Zeichner zur Einzahlung des Rückstands an die Gesellschaft verpflichtet sei, und damit ist von selbst gegeben, daß er es nur nach Maßgabe der Statuten sei; denn diese sind der Gesellschaftsvertrag, auf welchen eben der Anspruch der Gesellschaft sich gründet. Uebrigens sagt das für die Aktiengesellschaft ausdrücklich Art. 219 des H.G.B.: der Aktionär ist nicht schuldig, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen, als den für die Aktie statutenmäßig zu leistenden „Beitrag", und es ist unbedenklich, die Bestimmungen des H.G.B. darüber, wem und in welchem Umfang der Aktionär aus der Zeichnung hafte, anzuwenden auf den Commanditist-Aktionär, da diese Bestimmungen ihren Grund nicht in demjenigen haben, was den Unterschied zwischen der Akt.-Ges. und der Com.-Akt.-Ges. macht. Daß in §. 10 der Statuten nicht eine Entlassung der Commanditisten aus ihrer durch die Zeichnung begründeten Verbindlichkeit im Sinn des Art. 184 liegt, bedarf keiner Ausführung; dieser §. 10 beschränkt nicht die einmal begründete Verbindlichkeit hinterher, sondern erklärt schon die ursprüngliche Verbindlichkeit für eine nur (zeitlich) beschränkte; der Betrag der Zeichnung und damit das Aktiencommanditkapital ist durch diese Bestimmung der Statuten von vornherein vermindert."

Würden hier zwei übereinstimmende Urtheile vorliegen, so wäre es vielleicht ein allzu gewagtes Unternehmen, die Richtigkeit der vom Landes- und vom Reichsoberhandelsgericht ausgegangenen Entscheidungen in Zweifel zu ziehen. Allein ein Blick auf die Gründe zu dem einen und zu dem andern Urtheil zeigt, daß das eine und das andere Gericht keineswegs eine und dieselbe Rechtsfrage entschieden hat, vielmehr hat das Landesoberhandelsgericht ausdrücklich die Entscheidung über diejenige Frage abgelehnt, über welche sich das Reichsoberhandelsgericht allein ausgesprochen hat, — über die Frage, ob dem Gläubiger einer Commanditaktiengesellschaft ein direkter Anspruch gegen den Commanditist-Aktionär zustehe —, indem es angenommen hat, in der Klage sei nur der Anspruch der Gesellschaft gegen den Commandit-Aktionär geltend gemacht; durch die Klagbegründung war diese Annahme schwerlich gerechtfertigt; jedenfalls hat die Klägerin in der Nichtigkeitsklage ausgesprochen, daß sie (auch) den direkten Anspruch der Gläubiger gegen den Aktionär verfolgt haben wolle; es wäre bei dieser Sachlage von ihr korrekter gewesen, zunächst Ergänzung des Urtheils des Landesoberhandelsgerichts zu verlangen und, wenn diese verweigert wurde, Nichtigkeitsklage auf Grund der Ziff. 12 des Art. 733 der württ. C.Proc.O. zu erheben; erst wenn das Landesoberhandelsgericht über die Frage des direkten Anspruchs geurtheilt hatte, war das Reichsoberhandelsgericht in der Lage, die in dieser Richtung erhobene Nichtigkeitsklage zu prüfen. — Das Landesoberhandelsgericht scheint seine Annahme, daß nur der Anspruch der Gesellschaft gegen den Aktionär Gegenstand der Klage sei, lediglich darauf zu stützen, daß die Einzahlung der eingeklagten Summe „in die Gantmasse der Gesellschaft" verlangt wurde, — eine Schlußfolgerung, die nur unter der Voraussetzung richtig wäre, daß der direkte Anspruch der Gläubiger an den Commanditist-Aktionär nicht innerhalb des gegen die Gesellschaft eingeleiteten Gantverfahrens, nicht von der Gläubigerschaft oder

ihren Vertretern, verfolgt werden könne: eine prozessualische Frage, die mit der materiellrechtlichen Frage nach der Existenz eines solchen Anspruchs eng zusammenhängt. — Die Kritik der mitgetheilten Entscheidungen, deren praktische Bedeutung sich aus dem Verlauf der Erörterung ergeben wird, hat sich demnach mit folgenden Fragen zu befassen:

I Haftet der Commanditist-Aktionär nur der Gesellschaft oder haftet er auch den Gesellschaftsgläubigern? wenn letzteres:

II. Was ist der Inhalt des Anspruchs der Gläubiger gegen den Aktionär?

III. Unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form kann dieser Anspruch gerichtlich verfolgt werden?

I. Das Reichsoberhandelsgericht stützt die Verneinung eines direkten Anspruchs der Gesellschaftsgläubiger gegen den Commanditist-Aktionär vor Allem darauf, daß es an einer zur Begründung eines solchen Anspruchs erforderlichen unmittelbaren gesetzlichen Bestimmung gänzlich fehle, daß eine solche insbesondere in Art. 184 des H.G.B. nicht enthalten sei, — es wird sogar dieser Artikel zum Beweis der Nichtexistenz des fraglichen Anspruchs ins Feld geführt. — Die einfache Betrachtung der Struktur des Handelsgesetzbuchs wird den Beweis liefern, daß weder, wie die Klägerin will, die Existenz —, noch auch, wie das Reichsoberhandelsgericht annimmt, die Nichtexistenz des direkten Anspruchs aus dem Artikel 184, abgeleitet werden kann.

Das zweite Buch des H.G.B. „Von den Handelsgesellschaften" handelt in drei Titeln von der offenen Handelsgesellschaft, von der Commandit-Gesellschaft und von der Aktiengesellschaft. Der erste Titel „von der offenen Handelsgesellschaft" zerfällt in sechs Abschnitte: 1) Von der Errichtung der Gesellschaft Art. 85—89; 2) Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander, Art. 90—109; 3) Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschaft zu dritten Personen, Art. 110—122: 4) Von der Auf-

lösung der Gesellschaft und dem Austreten einzelner Gesellschafter aus derselben, Art. 123—132; 5) Von der Liquidation der Gesellschaft, Art. 133—145; 6) Von der Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter, Art. 146 bis 149. — Der zweite Titel zerfällt in zwei Abschnitte: „Von der Commanditgesellschaft im Allgemeinen" und „Von der Commanditgesellschaft auf Aktien insbesondere". Unterabschnitte sind hier vom Gesetz äußerlich nicht gemacht, allein wir können solche — zunächst im ersten Abschnitt — ganz ebenso und ganz mit denselben Ueberschriften wie bei der offenen Gesellschaft machen: 1) Errichtung: Art. 150 bis 156; 2) Rechtsverhältniß unter einander: Art. 157 bis 162; 3) Rechtsverhältniß zu Dritten: Art. 163—169; 4) Auflösung: Art. 170 und 171; 5) Liquidation und 6) Verjährung: Art. 172. — Dieselbe Eintheilung auf den Abschnitt „Von der Commandit-Gesellschaft auf Aktien insbesondere" angewendet ergibt folgendes Resultat: 1) Errichtung: Art. 173—179; 2) Rechtsverhältniß unter einander: Art. 180—195; 3) Rechtsverhältniß zu Dritten: Art. 196—198; 4) Auflösung. Art. 199—204; 5) Liquidation: Art. 205; 6) Verjährung — — —. Im dritten Titel dagegen, „Von der Aktiengesellschaft" ist diese Eintheilung ganz verlassen; der zweite Abschnitt dieses Titels handelt von dem Rechtsverhältniß der Aktionäre; der erste wie der letzte Artikel dieses Abschnitts bezieht sich auf deren Rechtsverhältniß unter einander; sofern der Abschnitt auch Bestimmungen über das Rechtsverhältniß zu dritten Personen enthält, sind sie in keiner Weise von denjenigen über das Rechtsverhältniß unter einander ausgeschieden. Es ist dieß für unsere Frage nicht ohne Bedeutung; das Reichsoberhandelsgericht beruft sich dafür, daß der Gläubiger der Commanditaktiengesellschaft keinen Anspruch gegen den Commanditist-Aktionär habe, auf den Art. 219, wonach der Aktionär nicht schuldig ist, zu den Zwecken der Gesellschaft und zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten mehr beizutragen, als den für die Aktie statutenmäßig zu

leistenden Beitrag; ist nun aber aus dem Aufbau des Gesetzes in keiner Weise zu entnehmen, ob der Gesetzgeber hier eine Bestimmung für das Rechtsverhältniß der Aktionäre unter einander oder aber eine solche für das Rechtsverhältniß zu Dritten geben wollte, so fällt die Beweiskraft dieses Artikels für die Nicht-Verhaftung des Commandit-Aktionärs gegenüber den Gläubigern zusammen. — Unverkennbar ist dagegen die Bedeutsamkeit der Gliederung in den Bestimmungen über die offene Gesellschaft, die Commanditgesellschaft „im Allgemeinen" und die Commanditgesellschaft auf Aktien „insbesondere". Zunächst ein Wort über das Verhältniß der beiden letzeren Begriffe zu einander: schon die Ueberschriften der beiden Abschnitte beweisen, daß die zweite Gesellschaft nur eine Unterart der ersteren ist; und daraus folgt, daß die für die Commandit-Gesellschaft im Allgemeinen gegebenen Vorschriften auch Anwendung finden müssen auf die Commandit-Aktiengesellschaft, soweit nicht der zweite Abschnitt für diese ausdrücklich etwas Anderes bestimmt; insbesondere folgt daraus, daß bezüglich der Verjährung für die Commandit-Aktiengesellschaft ganz dasselbe gilt wie für die einfache Commanditgesellschaft. — Was nun zunächst den Art. 184 angeht, so gehört dieser dem zweiten Abschnitt an: „Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander" und damit ist jede Argumentation aus diesem Artikel für oder gegen den direkten Anspruch der Gläubiger ausgeschlossen. Umsomehr beweisen für die Statthaftigkeit dieses Anspruchs zu Folge der hervorgehobenen Gliederung des Gesetzes einige andere Artikel. Die Art. 163—169 bilden den Abschnitt: „Von dem Rechtsverhältniß der Commanditgesellschaft zu dritten Personen"; nun ist die Commanditgesellschaft unzweifelhaft keine juristische Person, der obige Ausdruck ist also gleichbedeutend mit: „Von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter, d. i. des Complementars und des Commanditisten, zu dritten Personen"; wäre aber der eine Gesellschafter, der Comman-

ditist den Gesellschaftsgläubigern in keiner Weise unmittelbar verhaftet, so wäre es zum mindesten sonderbar, von dem Rechtsverhältniß der Gesellschafter zu dritten Personen zu reden. Zum Ueberfluß bestimmt aber der Art. 165:

„Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Commanditist nur mit der Einlage und soweit diese nicht eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrag".

Thöl freilich [1] stellt unter Berufung auf eben diesen Artikel und auf den Art. 256 [2] den Satz auf: „Die [dritten Personen gegenüber] verpflichtete und berechtigte Person ist lediglich der Complementar, sowohl bei der stillen Gesellschaft als auch bei der Commanditgesellschaft"; allein zu dieser Behauptung konnte Thöl wohl nur durch seine hier wie anderwärts hervortretende Animosität gegen das Handelsgesetzbuch bezw. gegen dessen Redaktoren verleitet werden, welche ihn nicht bloß die wirklich vorhandenen Mängel mit Scharfsinn erkennen, sondern auch da Fehler sehen läßt, wo keine sind; denn daß der Art. 165 so ziemlich das gerade Gegentheil von dem Art. 256 ausspricht, kann kein unbefangenes Auge verkennen. Für wen übrigens der direkte Anspruch des Gläubigers gegen den Commanditisten durch den Art. 165 noch nicht vollständig bewiesen sein sollte, der wird diese Ueberzeugung doch erlangen durch Art. 172 des H.G.B.:

„Was bei der offenen Gesellschaft . . . über die Verjährung der Klagen gegen die Gesellschafter bestimmt ist, gilt auch bei der Commanditgesellschaft in Betreff aller „Gesellschafter".

Bezüglich der offenen Gesellschaft aber bestimmt Art. 146:

---

[1] Handelsrecht §. 43 a; 4. Aufl.

[2] Dieser Artikel bestimmt für die „stille Gesellschaft":

„Aus den Geschäften des Handelsgewerbes wird der Inhaber desselben dem Dritten gegenüber allein berechtigt und verpflichtet".

„Die Klagen gegen einen Gesellschafter aus Ansprüchen gegen die Gesellschaft verjähren in 5 Jahren" u. s. w.

Damit Ansprüche gegen die Gesellschaft dem Commanditisten gegenüber verjähren können, müssen solche selbstverständlich zuvor auch ihm gegenüber existiren. — Was nun die Art. 163—169 und 172 für die einfache Commandit-Gesellschaft bestimmen, das gilt auch für die Commandit-Aktiengesellschaft, soweit nicht die Art. 196—199 etwas Abweichendes festsetzen; wenn eine der für die einfache Commandit-Gesellschaft gegebenen Bestimmungen hier fehlt, so folgt daraus, wie schon oben bemerkt wurde, in keiner Weise, daß diese Bestimmung auf die Commandit-Aktiengesellschaft keine Anwendung leide; die Anwendbarkeit müßte ausdrücklich ausgeschlossen sein, dieß ist aber weder bezüglich des Art. 165 noch bezüglich des Art. 172 der Fall.

Gegenüber diesen ganz positiven Aussprüchen für das selbständige Recht der Gläubiger kann dasjenige nicht in Betracht kommen, was das Reichsoberhandelsgericht daraus abzuleiten versucht, daß das Handelsgesetzbuch gewisse Beschränkungen der Aktiencommanditgesellschaft zur Sicherung der Gläubiger enthalte; die Bestimmungen der Art. 197, 103 und 204, wären nach der Annahme des Reichsoberhandelsgerichts neben diesem selbständigen Recht ganz überflüssig, — also sei die Existenz des letzteren zu verneinen. Diese an und für sich schon sehr gewagte Beweisführung ist um so unstatthafter, als die Art. 197 Abs. 1 und 203 für die Commandit-Aktiengesellschaft eben das bestimmen, was der zweite Absatz des Art. 165 für die einfache Commanditgesellschaft vorschreibt; hielt nun der Gesetzgeber diesen zweiten Absatz des Art. 165 neben dem die unmittelbare Verpflichtung des Commanditisten gegen den Gesellschaftsgläubiger aussprechenden ersten Absatz für nothwendig oder zweckmäßig, so kann offenbar daraus, daß er für die Commandit-Aktiengesellschaft zwar den Inhalt

des zweiten —, nicht aber auch den Inhalt des ersten Absatzes des Art. 165 wiederholt, nicht gefolgert werden, daß der erste Absatz für die Commandit-Aktiengesellschaft keine Geltung haben solle. — Vollends nicht einzusehen ist, in wiefern der Art. 204 mit dem selbständigen Recht der Gläubiger nicht im Einklang stehen soll: neben diesem selbständigen, aber beschränkten Recht gegen sämmtliche Commanditist-Aktionäre wird in diesem Artikel noch die solidarische Haftung der Aufsichtsrathsmitglieder für gewisse Pflichtversäumnisse, insbesondere dafür statuirt, daß sie eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschriften des Art. 197 geschehen lassen.

II. Der Commanditist-Aktionär haftet nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Gesellschaftsgläubigern; es fragt sich nun: wodurch unterscheidet sich der Anspruch der Gesellschaftsgläubiger von dem Anspruch der Gesellschaft gegen den Aktionär?

Das Reichsoberhandelsgericht stellt an die Spitze seiner Ausführung den Satz: „Die Aktienzeichnung begründet eine Verpflichtung zur Zahlung der gezeichneten Summe nur gegen die Gesellschaft“ und dieß wird nachher dahin variirt: „der Commanditist-Aktionär haftet, wie der Aktionär, aus seiner Zeichnung nur der Gesellschaft und nur nach Maßgabe der Statuten“. — Der eine und der andere Satz ist vollkommen richtig; der zweite Satz wird erst unrichtig durch Hinweglassung der Worte „aus seiner Zeichnung“; diese entscheidenden Worte aber läßt das Reichsoberhandelsgericht ganz außer Acht, und legt seiner Entscheidung einfach den Satz zu Grund: „Der Aktionär haftet nur der Gesellschaft und nur nach Maßgabe der Statuten“. — Die Unhaltbarkeit dieses Satzes läßt sich unschwer aus den eigenen Ausführungen des Reichsoberhandelsgerichts nachweisen.

„Der Vertrag, welcher durch die Zeichnung geschlossen wird, wird geschlossen nur zwischen dem Zeichner und der Gesellschaft und nöthigenfalls verwirklicht durch die actio

pro socio;" — wiederum ein ganz unbestreitbarer Satz: der in der Aktienzeichnung liegende Abschluß des Societätsvertrags begründet eine Verpflichtung (zur Zahlung der gezeichneten Summe) nur gegen Denjenigen oder Diejenigen, mit denen er geschlossen ist; allein dieser Satz, der nur eine Anwendung des allgemeinen Satzes ist, daß ein Vertrag regelmäßig nur unter den Kontrahenten Verpflichtungen begründet, ist durchaus keine Besonderheit der Commandit-Aktiengesellschaft, er gilt ganz ebenso für die Aktiengesellschaft, für die offene Gesellschaft, für die einfache Commanditgesellschaft. — Wenn A und B übereinkommen, daß zum gemeinsamen Betrieb eines Frachtgeschäfts A die Pferde, B die Wagen liefern solle, und wenn sie ihre Gesellschaftsfirma in das Handelsregister eintragen lassen, so hat A gegen B die actio pro socio auf Stellung der Wagen, B gegen A dieselbe Klage auf Stellung der Pferde, aber keine dritte Person kann darauf klagen, daß A die Pferde und B die Wagen stelle; aus dem Sozietätsvertrag werden nur A und B berechtigt und verpflichtet. Wenn aber C mit A einen Frachtvertrag schließt, so haften ihm für alle aus diesem Vertrag entspringenden Verbindlichkeiten der Gesellschaft beide Gesellschafter A und B solidarisch, und wenn er in die Lage kommt, gegen B allein zu klagen, so gehört zur Klagbegründung freilich auch die Behauptung, daß seinerzeit B mit A einen Gesellschaftsvertrag geschlossen, ein gemeinschaftliches Frachtgeschäft betrieben habe, allein seine Klage gegen B ist darum nicht die actio pro socio cessa, sondern nach wie vor die actio (directa) conducti; m. a. W.: der Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft hat gegen jeden Gesellschafter einen Anspruch nicht auf Erfüllung der dem einen Gesellschafter gegen den andern obliegenden Verbindlichkeiten — damit wäre dem Gläubiger häufig sehr wenig gedient, sondern auf Erfüllung derjenigen Verbindlichkeit, welche die Gesellschaft oder für sie ein zur Vertretung befugter Gesellschafter ihm gegenüber eingegangen ist.

Wenn eben dieß auch von der Commanditgesellschaft gilt, so gilt es, falls nicht das Gesetz ausdrücklich Anderes bestimmt, auch von der Commandit-Aktiengesellschaft; wenn es nicht von der Aktiengesellschaft gelten sollte, so folgt daraus noch nicht, daß es nicht für die Commandit-Aktiengesellschaft gilt.

Da das Reichsoberhandelsgericht für den Inhalt der dem Commanditist-Aktionär obliegenden Verbindlichkeit auf die Analogie der Verbindlichkeit des Theilhabers der reinen Aktiengesellschaft sich beruft, so ist es nothwendig, die Aehnlichkeit und die Verschiedenheit zwischen der reinen Aktiengesellschaft und der Commandit-Aktiengesellschaft kurz zu betrachten. — Die Aehnlichkeit besteht in der Hauptsache darin, daß der Commanditist wie der Aktionär nur beschränkt, nur mit einem gewissen reellen Theil seines Vermögens haftet, und das Rechtsverhältniß der Gesammtheit der Commanditist-Aktionäre zu den „persönlich haftenden" Gesellschaftern vielfach ebenso normirt ist, wie dasjenige der Aktionäre zum Vorstand der Aktiengesellschaft. Die Verschiedenheit zwischen beiden Gesellschaften liegt vor Allem in ihrem juristischen Wesen: die Theoretiker streiten bekanntlich darüber, ob die Aktiengesellschaft eine „juristische Person" sei oder nicht; auf die Streitfrage des Nähern einzugehen, ist hier nicht der Ort; die innere Berechtigung, juristische Person zu sein, ist derselben für die Regel abzusprechen, denn diese innere Berechtigung hängt davon ab, ob die Vereinigung von Individuen, welche eine „Person" darstellen soll, „ad exemplum Reipublicae" (l. 1 §. 1 D. III., 4) gemeinnützige Zwecke verfolgt; bei den meisten Aktiengesellschaften, insbesondere bei denjenigen, welche Handelsgesellschaften sind, ist dieß nicht der Fall; trotzdem hat ihnen das Gesetz das wenn auch nicht theoretisch entscheidende, so doch praktisch wichtigste Merkmal der juristischen Person beigelegt: sämmtliche Mitglieder der Gesellschaft, die Aktionäre, haften für die Schulden, die ihr Geschäfts-

führer kontrahirt, nicht „persönlich" d. h. nicht mit ihrem ganzen Vermögen, und insofern scheint der Satz zuzutreffen: quod debet universitas, singuli non debent: l. 7 §. 1 D. l. c. — Wenn demnach der Gesetzgeber dem oben angeführten Art. 219 H.G.B. die Bedeutung sollte beigelegt haben, daß dadurch eine direkte Haftung der Aktionäre gegenüber den Gläubigern der Aktien-Gesellschaft verneint wird, so wäre dieß geschehen in Anerkennung des der Aktiengesellschaft zukommenden Charakters als juristischer Person; von der Commanditgesellschaft auf Aktien hat — abgesehen von Solchen, welche in jeder Gesellschaftsfirma eine juristische Person erblicken — noch Niemand behauptet, daß sie eine juristische Person sei, und eben darum wäre bezüglich des Rechts der Gläubiger der Schluß von der Aktiengesellschaft auf die Commandit-Gesellschaft auf Aktien unstatthaft. Uebrigens sprechen auch bei der reinen Aktiengesellschaft sehr gewichtige Momente für den direkten Anspruch der Gläubiger gegen die Aktionäre; bei strenger Durchführung des Charakters der Aktiengesellschaft als juristische Person wäre der Aktionär nicht Gesellschafter, sondern lediglich Gläubiger und Schuldner der sog. Gesellschaft; wäre dem so, so müßte die Gesellschaft befugt sein, ihn seiner Verpflichtung aus der Aktienzeichnung in beliebigem Umfang zu entlassen; dieß ist aber nicht der Fall: H.G.B. Art. 222 Ziff. 2, Art. 223 Abs. 2 und namentlich Abs. 3:

„Auch in diesem Fall [wenn die Gesellschaft den neuen Erwerber der auf Namen lautenden Aktie an der Stelle des Zeichners annimmt und diesen seiner Verbindlichkeit entläßt] bleibt der austretende Aktionär auf Höhe des Rückstands für alle bis dahin von der Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten noch ein Jahr subsidiarisch verhaftet"; wem verhaftet? nachdem die Gesellschaft ihn seiner Verbindlichkeit ihr gegenüber, seiner Verbindlichkeit ex societate entlassen hat, kann die Antwort nur lauten: den Gesellschaftsgläubigern für ihre Ansprüche gegen ihn aus

den mit der Gesellschaft geschlossenen Geschäften. Und weiter: wäre der Aktionär einfach Schuldner der Gesellschaft für den gezeichneten, noch nicht bezahlten Betrag der Aktie, so wäre er, falls er aus irgend einem mit der Gesellschaft geschlossenen Geschäft deren Gläubiger wird, zur Aufrechnung von Forderung und Schuld berechtigt, er wäre hiezu — nach den insoweit unanfechtbaren Gründen zu dem Urtheil des Landesoberhandelsgerichts — selbst im Gante der Gesellschaft berechtigt; diese Berechtigung spricht ihm nun zwar das Gesetz nirgends ausdrücklich ab, nichtsdestoweniger wird sie ihm auch das Reichsoberhandelsgericht nicht zuerkennen; ihre Unstatthaftigkeit aber kann nur daraus abgeleitet werden, daß der Aktionär eben doch nicht (bloß) Genosse einer juristischen Person, sondern (auch) wirklicher Gesellschafter ist; ist er aber dieß, so haftet er auch für die Schulden der Gesellschaft bis zum Betrag seiner Aktie.

In ganz anderem Maß schlüssig für das Rechtsverhältniß des Commanditist-Aktionärs zu den Gläubigern der Commandit-Aktiengesellschaft ist das Rechtsverhältniß des einfachen Commanditisten zu den Gläubigern der Commanditgesellschaft. Dieses ist nun aber von dem Rechtsverhältniß des Theilhabers der offenen Gesellschaft zu deren Gläubigern in dem hier entscheidenden Punkt nicht verschieden: auch der Anspruch des Gläubigers der Commanditgesellschaft an den Commanditisten ist die actio directa aus dem von ihm mit der Gesellschaft geschlossenen Geschäft. Der einzige wesentliche Unterschied zwischen der offenen und der Commanditgesellschaft ist die Beschränkung der Haftung des Commanditisten dem Betrag nach; die Bestimmung, wonach die Geschäftsführung und die Vertretung der Gesellschaft nach außen dem „persönlich haftenden" Gesellschafter allein obliegt (H.G.B. Art. 158, 167), ist ein wesentlicher Unterschied nur insofern, als der Ausschluß des Commanditisten von der Vertretung (wofern er nicht wie ein persönlich haftender Gesellschafter, d. h.

wie der Theilhaber einer offenen Gesellschaft haften will) auf Gesetz beruht, während derselbe Ausschluß des Theilhabers der offenen Gesellschaft nur durch Vertrag bewirkt werden kann. Ist aber einmal der Theilhaber der offenen Gesellschaft von der Vertretung ausgeschlossen und solches öffentlich bekannt gemacht, dann ist seine Stellung (abgesehen von einigen die Haftung gegen Dritte nicht berührenden Bestimmungen des Gesetzes: Art. 159, 160 Abs. 2) von der des Commanditisten nur noch durch die dem Betrag nach beschränkte Haftung des letztern verschieden. Während die Theilhaber der offenen Gesellschaft, mag der eine oder der andere von der Vertretung ausgeschlossen sein, stets als Correalschuldner haften, d. h. der eine ganz auf dasselbe wie der andere, so haftet der Commanditist dem Gesellschaftsgläubiger nur in der Art des einfachen Bürgen; der Bürge kann den Umfang seiner Mitverbindlichkeit den Gläubigern gegenüber von Anfang an beschränken, ohne daß deßhalb seine Verbindlichkeit aufhört, ihrem Inhalt nach dieselbe zu sein, wie die des Hauptschuldners: hat A einen Kauf abgeschlossen und B sich für die Hälfte des Kaufschillings verbürgt, so ist der Anspruch gegen B gerade so wie der Anspruch gegen A die actio emti. Ganz ähnlich beim Commanditisten: er beschränkt von Anfang an seine Mitverbindlichkeit für die vom persönlich haftenden Gesellschafter eingegangenen Verpflichtungen auf den Betrag seiner Einlage; auch hier ist die Haftung des einen und des andern Gesellschafters nicht ihrem Inhalt nach verschieden, man darf nicht sagen: „der Complementar haftet mit seiner Person, der Commanditist nur mit einer Vermögens-Einlage". Beide haften nur mit ihrem Vermögen, daher die Bezeichnung „persönlich haftender Gesellschafter" keine ganz zutreffende ist; er haftet nicht mit seiner Person, vielmehr macht er durch seine Person, durch seine Handlungen die Gesellschaft haftbar. Daß übrigens der längst recipirte Ausdruck sich jedenfalls durch seine Kürze empfiehlt, soll damit nicht

bestritten werden. Beide, sagen wir, haften mit ihrem Vermögen, der Complementar fürs Ganze, der Commanditist bis zum Betrag seiner Einlage. Damit aber diese Beschränkung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber wirksam werde, genügt nicht die dahin gehende Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern, sondern die Beschränkung muß kundgegeben sein, es muß der Betrag der Einlage jedes Commanditisten zwar nicht öffentlich bekannt gemacht, aber doch in das jedem Interessenten zur Einsicht offen stehende Handelsregister eingetragen sein; H.G.B. Art. 151 Z. 4 und namentlich Art. 163 Abs. 3:

„Hat die Gesellschaft vor der Eintragung ihre Geschäfte begonnen, so haftet der Commanditist dritten Personen für die bis zur Eintragung entstandenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter, wenn er nicht beweist, daß denselben seine beschränkte Betheiligung an der Gesellschaft bekannt war".

Es kann nun aber auch — und damit kommen wir auf die Frage nach der Wirksamkeit des §. 10 der Statuten des Spar- und Creditvereins gegenüber den Gläubigern — wie der Bürge, so auch der Commanditist seine Mitverbindlichkeit noch in anderer Weise als hinsichtlich des Betrags beschränken; wenn der Bürge bei Uebernahme der Bürgschaft sich vom Gläubiger ausbedingt, daß er, falls er aus der Bürgschaft in Anspruch genommen werde, die Schuld nur in Monats- oder Jahresraten von einem bestimmten Betrag zu zahlen gehalten sein solle, so ist diese Beschränkung seiner Mitverbindlichkeit unbedingt, namentlich auch im Fall des Konkurses des Hauptschuldners giltig. Ebenso kann der Commanditist sich ausbedingen, daß er seine Einlage nur in gewissen Raten zu leisten habe; eine dahingehende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag ist dem Complementar gegenüber unbedingt giltig, wie sie auch von den Theilhabern der offenen Gesellschaft bezüglich ihrer Einlagen mit voller Wirksamkeit unter einander getroffen werden könnte: H.G.B. Art. 92.

Allein etwas ganz Anderes ist die Frage, ob eine solche im Gesellschaftsvertrag getroffene Vereinbarung auch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber wirksam sei, und diese Frage ist für die Commanditgesellschaft so gewiß zu verneinen, wie für die offene Gesellschaft: den Gläubigern gegenüber könnte auch diese Beschränkung der Mitverbindlichkeit des Commanditisten nur dadurch wirksam werden, daß sie ihnen durch Eintragung in das Handelsregister kundgegeben wird; ob freilich jemals eine Commanditgesellschaft zum Handelsregister den Eintrag angemeldet hat:

„Der Commanditist hat seine Einlage in 20 Jahresraten zu leisten, und dieß soll namentlich auch dann gelten, wenn unsere Gesellschaft in Gant geräth",

dieß wird billig bezweifelt werden dürfen, und der Handelsrichter wäre wohl in seinem Recht, wenn er diesem Schlußsatz als contra bonos mores die Aufnahme verweigern würde; dieß gegen den Schlußsatz der Entscheidungsgründe des Landesoberhandelsgerichts.

Wenn wir die Unwirksamkeit jeder bloß im Gesellschaftsvertrag enthaltenen, nicht auch durch Eintrag ins Handelsregister kundgegebenen Beschränkung der Haftung des Commanditisten behaupten, so hat dieß, wie zu wiederholen kaum nöthig sein wird, seinen Grund in der Verschiedenheit zwischen dem Anspruch der Gesellschaft und demjenigen des Gesellschaftsgläubigers an den Commanditisten. Da nun, wie oben nachgewiesen wurde, ganz dieselbe Verschiedenheit auch bezüglich des Commanditist-Aktionärs besteht, so muß auch eine bloß im Gesellschaftsvertrag in den Statuten enthaltene Beschränkung der Verbindlichkeit der Aktionäre auf Ratenzahlungen den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unwirksam sein, falls nicht die Bestimmungen des Gesetzes „über das Rechtsverhältniß der Commandit-Aktiengesellschaft zu dritten Personen", Art. 196—198 H.G.B., etwas Anderes enthalten; letzteres ist aber in keiner Weise der Fall, vielmehr gilt

auch für die Commandit-Aktiengesellschaft die oben angeführte Bestimmung des Art. 163 Abs. 3, und der einzige Unterschied zwischen der einfachen Commanditgesellschaft und der Commandit-Gesellschaft auf Aktien ist der, daß bei letzterer neben dem Eintrag der beschränkten Haftung in das Handelsregister auch noch dessen Veröffentlichung vorgeschrieben ist.

Gegen Art. 184 des H.G.B. hat allerdings der §. 10 der Statuten nicht verstoßen, aus dem oben entwickelten Grund, weil dieser Artikel überhaupt das Verhältniß der Gesellschaft und der Aktionäre zu den Gläubigern nicht berührt; auch das ist richtig, was das Reichsoberhandelsgericht bemerkt: „der §. 10 beschränkt nicht die einmal begründete Verbindlichkeit hinterher, sondern erklärt schon die ursprüngliche Verbindlichkeit für eine nur (zeitlich) beschränkte; der Betrag der Zeichnung und damit das Aktiencommanditkapital ist durch diese Bestimmung der Statuten von vorn herein vermindert". — Eben diese letztere Erwägung aber mußte es sehr nahe legen, dem (nicht ins Handelsregister eingetragenen) Schlußsatz des §. 10 jede Rechtswirkung den Gläubigern gegenüber zu versagen. — Wenn in den Statuten einer Commanditgesellschaft auf Aktien oder auch einer (hierin ersterer gleichstehenden) Aktiengesellschaft bestimmt ist: „Das (Commandit)-Aktienkapital besteht aus 2 Millionen Mark, 1 Million wird sofort einbezahlt, die zweite frühestens in 20 Jahren", so ist es augenscheinlich für die Gläubiger der Gesellschaft sehr von Erheblichkeit, diese letztere Bestimmung zu kennen; denn ihr zu Folge ist, wie das Reichsoberhandelsgericht ganz richtig bemerkt, das Aktienkapital von vorn herein, und zwar in dem unterstellten Fall (bei einem zu 5% berechneten Zwischenzins) um mehr als eine halbe Million vermindert; und ein sorgfältiger Mann, der mit der Gesellschaft kontrahirt, wird als Kapital, welches ihm Sicherheit gewährt, eben nur die eingezahlte 1 Million betrachten. — Um eine so

große Differenz handelte es sich allerdings bei dem Spar- und Creditverein zu Folge des §. 10 der Statuten nicht; allein gegen den Art. 165 Abs. 1 des H.G.B. ist nichtsdestoweniger durch das Urtheil des Reichsoberhandelsgerichts verstoßen: die Gläubiger der Gesellschaft, für welche die Statuten, d. i. der zwischen dritten Personen geschlossene Gesellschaftsvertrag nicht existirte, waren berechtigt, als sofortige Deckung für ihre Forderungen die rückständigen 75% der Einlagen zu verlangen; dieses ihr gesetzliches Recht wurde ihnen geschmälert — ob um viel oder um wenig, ist selbstverständlich rechtlich unerheblich.

Daß der Richter I. Instanz die Bestimmung des Schlußsatzes des §. 10 der Statuten mit Recht für eine nur das innere Verhältniß der Gesellschaft berührende erklärt hat, ergibt sich auch noch aus einer andern Erwägung. Der §. 10 bestimmt: „Sollten weitere Baareinzahlungen nothwendig werden, so ist auf den Antrag der persönlich haftenden Gesellschafter von dem Aufsichtsrath Beschluß zu fassen.“ Mit dem Ausbruch des Gants hört wie die offene Gesellschaft, so auch die Commanditgesellschaft und die Commandit-Aktiengesellschaft auf; eben damit ist auch der Thätigkeit und Beschlußfassung des Aufsichtsraths ein Ende gemacht; ohne einen solchen Beschluß darf aber nach dem §. 10 eine weitere Einzahlung von den Aktionären nicht gefordert werden; man hätte demnach nur die Wahl, entweder den Aufsichtsrath zum Zweck einer solchen Beschlußfassung fortbestehen zu lassen — und damit käme man erst nicht weiter, wenn der Aufsichtsrath sich weigert, einen solchen Beschluß zu fassen, oder wenn er beschließt, daß alle 5 oder alle 10 oder alle 20 Jahre eine Einzahlung gemacht werden solle —, oder aber die Beschlußfassung sei es der Gläubigerschaft oder dem Gantgericht zu übertragen; der eine wie der andere Ausweg wäre gleich schwer rechtlich zu begründen; es bedarf desselben aber auch nicht: eine Beschlußfassung hat überhaupt nur einen Sinn, wo die Wahl gegeben ist, so

oder anders zu beschließen; im Fall des Konkurses, d. h. in dem Fall, wo das Gesellschaftsvermögen einschließlich der noch nicht einbezahlten Einlagen zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht zureicht, ist eine solche Wahl ausgeschlossen, die Nothwendigkeit der sofortigen Volleinzahlung der Aktien ist von selbst gegeben; m. a. W.: hier ist die weitere Einzahlung eine absolute Nothwendigkeit, während der §. 10 nur von einer relativen Nothwendigkeit zu verstehen ist.

In den Gründen zu dem Urtheil des Landesoberhandelsgerichts ist unter Anderem bemerkt: zu dem Gesellschaftsvermögen, das im Fall des Gants zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger diene, gehören „wie andere Guthaben der Gesellschaft, so auch die Forderungen auf Einzahlung der rückständigen Einlagen," und an dem Inhalt dieser Forderungen werde durch den Gantausbruch nichts geändert. — Sofern das Landesoberhandelsgericht von der Unterstellung ausgeht, es sei (von der Gläubigerschaft) nur der Anspruch der Gesellschaft gegen den Aktionär zur Klage gebracht worden, ist jene Ausführung nicht zu beanstanden; allein diese Unterstellung hätte in einem andern Fall zu einem eigenthümlichen Ergebniß geführt: ein anderer Aktionär war gleichfalls auf Bezahlung der rückständigen 75% in die Gantmasse belangt; der Mann hatte sehr großes Vertrauen in den „Spar- und Creditverein" gesetzt und darum sein Geld nicht bloß in Aktien, sondern daneben auch noch in Obligationen des Vereins angelegt, d. h. er war Darlehensgläubiger der Gesellschaft geworden. Als es nun zur mündlichen Verhandlung kam, machte er — freilich ohne viel Zuversicht — den Vorschlag: er wolle seine rückständige Einlage mit Obligationen des Spar- und Creditvereins bezahlen, d. h. er wolle seine Aktienschuld gegen seine Darlehensforderung kompensiren; der Vorschlag begegnete damals nur einem mitleidigen Lächeln und der unglückliche Aktionär ließ ihn fallen. Das Verlangen der Kompensation wäre statthaft

gewesen, wenn entweder, wie das Reichsoberhandelsgericht ausführt, ein direkter Anspruch des Gesellschaftsgläubigers gegen den Commanditist-Aktionär überhaupt nicht begründet wäre, von der Gläubigerschaft oder (künftig, nach der deutschen Konkursordnung) vom Konkursverwalter gegen den Aktionär nur die Klage aus der Gesellschaft angestellt werden könnte, — oder, wie das Landesoberhandelsgericht anzunehmen scheint, der Anspruch auf Einzahlung der rückständigen Einlage rechtlich einem „andern Guthaben der Gesellschaft“ gleichstände. Allein daß ein direkter Anspruch der Gesellschaftsgläubiger gegen den Commanditist-Aktionär besteht, glauben wir oben nachgewiesen zu haben, und die Gleichstellung des Anspruchs auf Einzahlung der rückständigen Einlage mit „andern Forderungen der Gesellschaft“ wäre nur dann begründet, wenn die Commandit-Aktiengesellschaft eine juristische Person wäre, was sie nicht ist und auch durch die Konkurseröffnung nicht wird. Die rechtliche Verschiedenheit ergibt sich schon aus der Verschiedenheit der berechtigten Subjekte: der Anspruch auf Einzahlung steht (materiell) nicht der Gesellschaft als solcher, sondern den nichtsäumigen Gesellschaftern und Aktionären gegen den säumigen Aktionär zu; an den („andern“) Guthaben der Gesellschaft hat jeder Gesellschafter, der säumige wie der nichtsäumige, seinen Antheil.

Daß, wenn von Anfang an die Gläubiger ihren eigenen Anspruch geltend machen, von einer Kompensation keine Rede sein kann, bedarf keiner weiteren Ausführung, gegen die Forderung eines Gläubigers an die Gesellschaft kann der Gesellschafter nicht eine der Gesellschaft gegen ihn, den Aktionär zustehende Forderung aufrechnen: es fehlt hier an der Identität von Gläubiger und Schuldner. So hätte es sich denn in diesem zweiten Prozeß nur darum fragen können, ob die Auffassung des Landesoberhandelsgerichts berechtigt war, wonach nur die actio pro socio gegen den Aktionär angestellt war, bezw. ob dem Gläubigerausschuß das Recht zustand, Namens der Gläubigerschaft

im Gant des Spar- und Creditvereins die eigenen Ansprüche der Gläubiger an den Aktionär zu verfolgen.

III. Die dritte und letzte der zu erörternden Fragen zerfällt in zwei Theile: 1) unter welchen Voraussetzungen — 2) in welcher Form ist der direkte Anspruch des Gläubigers der Commanditgesellschaft auf Aktien gegen den Commanditist-Aktionär geltend zu machen? Der erste Theil der Frage beantwortet sich einfach: da die Commandit-Aktiengesellschaft gerade so wie die offene Gesellschaft und die einfache Commandit-Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden kann, so ist bei ihr wie bei der offenen Gesellschaft eine Klage gegen den einzelnen Gesellschafter oder Commanditist-Aktionär erst zulässig nach Auflösung, bezw. nach durchgeführter Liquidation der Gesellschaft. Im Fall der Auflösung ohne Konkurs wird eine solche Klage nicht leicht vorkommen, denn durch die in diesem Fall nothwendige (H.G.B. Art. 133) Liquidation werden regelmäßig alle Ansprüche der Gläubiger ihre Erledigung finden; eine Klage des Gläubigers gegen einen einzelnen Gesellschafter ist hier nur denkbar, wenn seine Forderung übersehen worden ist oder wenn er, rechtskräftig mit derselben abgewiesen später mit einer Wiederaufnahmeklage auftritt; rechtliche Schwierigkeiten entstehen in diesem Fall nicht; der Gläubiger kann jeden Gesellschafter, auch den Commanditist-Aktionär belangen, den letzteren aber natürlich nur insoweit, als er seine Einlage zurückerhalten oder nicht einbezahlt hat; dagegen wird dem Commanditist-Aktionär weder die Einrede der Vorausklage (der persönlich haftenden Gesellschafter) noch die Einrede der Theilung (in Bezug auf die Mit-Aktionäre) zustehen; das Prinzip des Handelsgesetzbuchs ist die Solidarhaft der Gesellschafter, diese ist beim Commanditisten ausdrücklich nur nach der Richtung eingeschränkt, daß er nicht für den ganzen Betrag der Gesellschaftsschulden haftet; soweit er aber haftet, stehen ihm keine weiteren Rechtsbehelfe als einem andern Gesell-

schafter zur Seite; es ist dieß zu bemerken, damit nicht aus der oben angezogenen Analogie mit der Stellung des Bürgen unberechtigte Schlüsse gezogen werden.

Nicht so einfach — wenigstens in formeller Beziehung — steht die Sache im Fall des Gants; die Schwierigkeit hat ihren Grund darin, daß die Commanditaktiengesellschaft (ebenso wie die offene und die Aktiengesellschaft) formell als ein selbständiges Rechtssubjekt, als eine (juristische) Person behandelt wird, während sie dieß doch materiell nicht ist. Zwar daran kann kaum ein Zweifel sein, daß in unserem Rechtsfall die Gläubigerschaft einen direkten Anspruch gegen den Commanditist-Aktionär geltend machen wollte; der Gläubigerausschuß hatte ja nicht die Interessen der Gesellschaft gegen die einzelnen Gesellschafter, sondern die Interessen der Gläubiger gegen die Gesellschaft, gegen sämmtliche Gesellschafter zu vertreten, und es war von vornherein anzunehmen, daß er dieß in dem weitest möglichen Umfang thun wollte; dem widersprach auch nicht die Klagbegründung, welche dahin ging, daß der Beklagte zur sofortigen Bezahlung der geforderten Beträge „sowohl nach den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags" [diese Begründung traf allerdings nicht zu] „als nach denen des gemeinen Rechts und des Handelsgesetzbuchs verpflichtet sei". Dagegen fragt es sich allerdings, wie sich formell das Recht der Gläubigerschaft begründen läßt, aus dem eigenen Recht der Gläubiger die Einzahlung der Rückstände in die Gantmasse zu verlangen. Die Schwierigkeit tritt am deutlichsten zu Tag bei Stellung derjenigen Frage, welche in jedem Prozeß Anwälte und Richter sich zuerst zu stellen haben, welche Klage ist anzustellen, bezw. ist angestellt? In der That scheint auf die Frage, welche Klage die Gläubigerschaft Namens sämmtlicher Gläubiger gegen den einzelnen Commanditist-Aktionär anstellen könne, kaum eine andere Antwort möglich zu sein als: die actio pro socio cessa; irgend einen andern gemeinschaftlichen Anspruch haben ja die

Gläubiger nicht, der eine hat einen solchen aus einem Kauf, der zweite aus einem Darlehen, der dritte aus einer Hinterlegung u. s. w.; und haben die einzelnen Gläubiger keinen gemeinschaftlichen Anspruch, so kann ja wohl auch von einem Anspruch der Gläubigerschaft keine Rede sein, schon nicht nach bisherigem Recht, und noch weniger nach der deutschen Konkursordnung, welche eine Gläubigerschaft als berechtigtes Subjekt, als Rechtssubjekt unzweifelhaft nicht kennt; wenn im Folgenden von „Gläubigerschaft" die Rede ist, so wird mit dem Ausdruck nichts anderes bezeichnet, als die sämmtlichen Gläubiger, die künftig ebenso wie bisher ihre gemeinschaftlichen, durch den Konkursverwalter wahrzunehmenden Interessen haben.

Die hier sich ergebende Schwierigkeit wurde oben als eine formelle bezeichnet; eine materielle Schwierigkeit ist nicht vorhanden; im Gegentheil, wenn nicht das materielle Recht unter formellen Bedenken Noth leiden soll, so wird man die Verfolgung der eigenen Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen die Commanditist-Aktionäre in der Art, daß der Vertreter des Interesses der Gläubiger, also in Zukunft der Konkursverwalter, auf Einzahlung der Rückstände in die Masse der Gesellschaft klagt, für statthaft erklären müssen. Nehmen wir an: die Commandit-Aktiengesellschaft hat ein baares Vermögen von 2000, außerdem sind von 100 Aktionären je 10, also zusammen 1000 rückständig; an die Gesellschaft haben zu fordern **A** 4000, **B** 3000, **C** 2000. Die actio pro socio cessa gegen die Aktionäre anzustellen kann nach dem unter **II** a. E. Ausgeführten für die Gläubiger unthunlich sein; können sie auf die Zahlung der Rückstände in die Masse nicht aus ihrem eigenen Recht klagen, so bleibt nichts Anderes übrig, als daß zunächst das Gantverfahren gegen die Gesellschaft durchgeführt, von dem Einlagerückstand der Aktionäre abgesehen und das vorhandene Baarvermögen unter die Gläubiger vertheilt wird, wobei erhalten **A** $888^8/_9$, **B** $666^6/_9$, **C** $444^4/_9$; hernach müssen **A**, **B** und **C** gegen

jeden der 100 Aktionäre ihren Anspruch aus Kauf, Darlehen, Depositum geltend machen, und es erhält von jedem, bezw. von allen 100 zusammen A $4^4/_9$ bezw. $444^4/_9$, B $3^3/_9$, bezw. $333^3/_9$, C $2^2/_9$, bezw. $222^2/_9$; nach Durchführung von 101 Konkursen hat A $1333^1/_3$, B 1000, C $666^2/_3$; ganz eben dasselbe Ergebniß stellt sich heraus, wenn einfach die rückständigen Aktienbeträge zur Gantmasse gezogen und mit dem übrigen Gesellschaftsvermögen unter die Gläubiger vertheilt werden.

Die Zweckmäßigkeit spricht also ganz entschieden dafür, die Verfolgung des Anspruchs der Gläubiger an die einzelnen Commanditist-Aktionäre durch die Vertreter der Gläubigerschaft oder künftig durch den Konkursverwalter zuzulassen; es handelt sich daher nur noch um die theoretische Rechtfertigung dieses Verfahrens; und diese ist unseres Erachtens eben in der Abnormität zu finden, welche in der Zulassung eines selbständigen Konkurses gegen die Handelsgesellschaft enthalten ist.

Solange man die Handelsgesellschaft nicht zur juristischen Person erhebt, wäre nach allgemeinen Rechtsnormen nur ein Konkurs gegen jeden einzelnen Gesellschafter möglich, und diesem müßte eine Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern vorausgehen (vgl. auch §. 14 der deutschen Konkursordnung). Die neuere Gesetzgebung räumt nun aber den Handelsgläubigern zwar nicht des Einzelkaufmanns, wohl aber der Handelsgesellschaft ein Absonderungsrecht am sog. Gesellschaftsvermögen, d. h. an denjenigen Bestandtheilen des Vermögens der Gesellschafter ein, welche bestimmt sind, den Zwecken der Gesellschaft zu dienen; zu diesem Vermögen gehören vor Allem die Einlagen der Gesellschaft, sei es, daß sie geleistet oder noch rückständig sind. Diesem Absonderungsrecht gegenüber wäre die vorgängige Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern eine sehr unnöthige Weiterung; anstatt das Aktivvermögen unter die Gesellschafter zu vertheilen, jedem seinen Antheil auszufolgen und den Gesellschaftsgläubigern

zu überlassen, daß sie die Aussonderung dieser Antheile vom übrigen Vermögen der Gesellschafter zu ihrer abgesonderten Befriedigung verlangen, ist es allerdings einfacher, sofort das „Gesellschaftsvermögen" unter die Gesellschaftsgläubiger zu vertheilen, also einen Gesellschaftskonkurs zuzulassen. Die Folge ist, daß ohne Untersuchung darüber, ob nach einer auf Grund des Gesellschaftsvertrags vorzunehmenden Auseinandersetzung ein Gesellschafter dem andern noch etwas schuldig wäre, alles dasjenige, um was, als dem Absonderungsrecht unterliegend, ein Gesellschafter von den Gesellschaftsgläubigern in Anspruch genommen werden könnte, kurzer Hand als „Schuld des Gesellschafters an die Gesellschaft" behandelt wird. Nehmen wir das einfachste Beispiel: die Gesellschafter A und B haben sich jeder zu einer Einlage von 100 verpflichtet, A hat 80, B 20 eingelegt, diese Baareinlagen sind verloren gegangen, die Gesellschaftsschulden betragen 200; die Auseinandersetzung würde dazu führen, daß B dem A 30 zu bezahlen hätte, die sodann, wenn kein Absonderungsrecht bestände, von den Gesellschafts- wie von den Privatgläubigern des A in Anspruch genommen würden; im Gesellschaftskonkurs aber wird, obwohl ex societate A dem B nichts, B dem A nur 30 schuldet, A als Schuldner der Gesellschaft für 20, B als solcher für 80 behandelt und werden diese Beträge aus ihrem Privatvermögen zur Gesellschaftsmasse gezogen. — Man wird annehmen dürfen, daß durch diese Behandlungsform an dem Recht der Gesellschaftsgläubiger gegen die einzelnen Gesellschafter materiell nichts geändert wird.

Unterstellen wir nun den Fall einer Commandit-Aktiengesellschaft: der persönlich haftende Gesellschafter hat 1000, 10 Commanditist-Aktionäre haben je 100 eingelegt und es ist Vertheilung vom Gewinn und Verlust nach Verhältniß der Einlagen vereinbart; nach einiger Zeit sind noch vorhanden 1000, die zur Deckung der Gesellschaftsschulden nicht zureichen. Die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern, die ohne Rücksicht auf die Schulden

zu erfolgen hat, da für diese jeder Gesellschafter haftet, ergibt, daß der persönlich haftende Gesellschafter 500, jeder Aktionär 50 zurückerhält, die Gesellschaftsgläubiger hätten zunächst aus dem an ihre 11 Schuldner vertheilten Gesellschaftsvermögen, erst nach dessen Erschöpfung aus dem Privatvermögen der persönlich haftenden Gesellschafter ihre Befriedigung zu suchen. — Nehmen wir nun aber weiter an: es habe zwar der persönlich haftende Gesellschafter seine Einlage gemacht, die Aktionäre aber haben erst 25% des Aktienbetrags einbezahlt, und für den Rest sind ihnen, wie in unserem Rechtsfall gewisse Zahlungsfristen im Gesellschaftsvertrag bewilligt, so fragt es sich: welche Bedeutung hat die letztere Bestimmung, 1) für die Auseinandersetzung zwischen den Gesellschaftern, 2) für die Gesellschaftsgläubiger, 3) für die Aktionäre? Zu 1.: der persönlich haftende Gesellschafter könnte, abgesehen von der Zahlungsfrist, von jedem Aktionär die Bezahlung von 25 (mit der actio pro socio) fordern, jener Bestimmung wegen kann er aber nicht deren sofortige Zahlung — oder er kann die 25 nur deducto interusurio verlangen; zu 2.: die Gesellschaftsgläubiger, denen gegenüber der Vorbehalt der Zahlungsfrist nicht kundgegeben, daher auch nicht wirksam ist, fordern nach erfolgter Auseinandersetzung von den Aktionären das, was sie am Betrag der Aktien noch nicht in die Gesellschaftskasse abgeführt, bezw. dem persönlich haftenden Gesellschafter bezahlt haben, also 50 + das interusurium, das die Aktionäre dem Complementar abgezogen haben, woraus sich zu 3) ergibt, daß es für die Aktionäre (wie für den Complementar und die Gläubiger) im Erfolg vollständig gleichgiltig ist, ob sie dem Complementar den Zwischenzins abziehen oder nicht; je mehr sie ihm abziehen, um so mehr müssen sie den Gesellschaftsgläubigern bezahlen. — Ob sie nun, wenn der Gesellschaftskonkurs eröffnet ist, die ganze rückständige Einlage, d. h. denjenigen Betrag, bis zu welchem sie den Gesellschaftsgläubigern haften, in die Gesellschafts-

masse oder an die einzelnen Gesellschaftsgläubiger bezahlen, hat für sie nicht das geringste praktische Interesse.

Den einzelnen Gläubigern, so verschiedenartig ihre Forderungen sein mögen, steht gegenüber dem Commanditist-Aktionär gleichmäßig ein Absonderungsrecht, ein Recht auf den nicht einbezahlten Betrag der Aktie, zu;[8] man könnte nun sagen: ob dieses Absonderungsrecht sämmtlicher Gläubiger innerhalb des Gantverfahrens von der Gläubigerschaft, künftig vom Konkursverwalter geltend gemacht werde, oder ob den Gläubigern, welche bezüglich jenes Betrags in Rechtsgemeinschaft stehen, als Streitgenossen die Verfolgung desselben außerhalb des Gants überlassen bleibe, sei ohne praktische Bedeutung; und da der erstere Weg formell (eben wegen des Mangels eines benennbaren gemeinschaftlichen Anspruchs) bedenklich sei, so seien die Gläubiger auf dem zweiten Weg zu verweisen. Allein, wie oben ausgeführt wurde, erscheinen im Gesellschaftskonkurs die Einlagerückstände, die dem Absonderungsrecht der Gesellschaftsgläubiger unterliegen, formell als Schulden der Gesellschafter oder Aktionäre an die Gesellschaft; es müßte daher auch künftig der Konkursverwalter berechtigt und verpflichtet sein, diese Schulden zur Theilungsmasse beizutreiben; zweimal zu zahlen sind aber die Aktionäre nicht schuldig, und so wird nichts Anderes übrig bleiben, als die Verfolgung des eigenen Rechts der Gläubiger gegen den Commanditist-Aktionär innerhalb des Gantverfahrens zuzulassen und sie der Gesammtheit der Gläubiger, dem Gläubigerausschuß oder künftig dem Konkursverwalter zu übertragen. — Das Absonderungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (H.G.B. Art. 122) ließe sich auch ohne Gesellschaftskonkurs durchführen; wenn die Gesetzgebung aus Gründen der Zweckmäßigkeit einen solchen zugelassen hat, so wird man aus eben diesen Gründen eine allzuformelle Behandlung der Rechte der Gläubiger vermeiden müssen.

[8] **Anm. d. Red. Ein Recht auf den nicht einbezahlten Betrag der Aktie ist jedoch kein Absonderungsrecht im Konkurse des den Betrag schuldenden Kommanditistaktionärs.** Sy.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs.

Von Herrn Staatsminister v. Geßler.

Mit dem 1. Oktober 1877 ist nach Maßgabe des Art. 74 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege der neu gebildete Verwaltungsgerichtshof für die Rechtsprechung auf dem ganzen Gebiet der Verwaltung an die Stelle des K. Geheimenraths getreten. Die Redaktion wünschte die früheren Mittheilungen über Rechtsprechung auf dem Gebiete der Verwaltung auch in der neuen Entwicklungsphase fortzusetzen, in welche die Verwaltungsrechtspflege durch das Gesetz vom 16. Dez. 1876 getreten ist. Der Referent hat diesem an ihn gelangten Wunsche um so bereitwilliger entsprechen zu müssen geglaubt, als die ersten fortlaufenden Mittheilungen auf diesem Gebiet, die in dieser Zeitschrift erschienen, gleichfalls aus seiner Feder geflossen waren.

Bei dem großen Umfang des Gebiets der Verwaltungsrechtspflege und der Mannigfaltigkeit der Fälle ist es an sich wünschenswerth, dieselben nach Kategorien zu sondern. Nachdem das Gesetz selbst solche Kategorien gebildet hat, werden diese am zweckmäßigsten zur Grundlage genommen. Der besseren Uebersicht halber ist es aber dabei weiter geboten, den wichtigsten Theil des Inhalts jeder einzelnen Mittheilung insbesondere bei ausgedehnterem Inhalt derselben am Eingang kurz zu bezeichnen. Spezifizirt sind in dem Gesetze nicht nur die Fälle des Art. 10 derselben, sondern auch die Fälle der Spezialgesetze, nämlich der Ablösungsgesetze, des Feldwegegesetzes, des Berggesetzes, des Gesetzes über die Aufhebung des Lehenverbands (Art. 9 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege). Für dieses Semester — und alle Halbjahre sollen die Mittheilungen erfolgen — kommt von diesen Gesetzen nur das Feldwegegesetz in Betracht, da von den anderen Gesetzen keine Fälle anhängig wurden. Ferner ist (Art. 11 des Verwaltungs-

rechtspflegegesetzes) der Verwaltungsgerichtshof für die Rechtsprechung, zu der das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz Veranlassung gibt, an die Stelle des durch Art. 78 Abs. 2 aufgehobenen Landesamts für das Heimatwesen getreten.

Ist für diese Fälle die Abscheidung durch das Gesetz vom 16. Dez. 1876 selbst gegeben, so bietet der Art. 13 dieses Gesetzes eine solche nicht dar. Nach den bis jetzt gemachten Erfahrungen ist aber die Zahl dieser Fälle keine so große, daß eine Abscheidung etwa nach den einzelnen Ministerien als nothwendig sich darstellt. Das vorzugsweise hier in Betracht kommende Ministerium ist das des Innern, und waren es früher vorzugsweise die Baustreitigkeiten, die Stoff an Entscheidungen geboten haben. Diese Quelle ist aber seit dem Anfang dieses Jahrs so ziemlich versiegt und die Ursache wohl darin zu suchen, daß manche Streitfragen seit der Wirksamkeit der neuen Bauordnung zur Klärung gelangten, vielleicht aber auch darin, daß in Folge des Gesetzes vom 16. Dez. 1876 eine Belehrung über den Rekurs nicht mehr stattfindet, in der Manche eine Aufforderung erblickten, von demselben Gebrauch zu machen. Eine besondere Abscheidung der Fälle ist somit hier nicht geboten.

In eine besondere allen übrigen gemeinsame Abtheilung sind sodann diejenigen Fälle zu verweisen, die zu prozessualischen Erörterungen Anlaß geboten haben.

Die Mittheilungen werden sich die Aufgabe setzen, wenigstens für die erste Zeit die einzelnen entschiedenen Fälle und Fragen möglichst vollständig zu geben. Nachdem das Gebiet der Verwaltungsrechtspflege durch das Gesetz vom 16. Dez. 1876 näher bestimmt und der Versuch seiner Abgrenzung von der Verwaltung gemacht worden ist, ist die Praxis vorzugsweise berufen, den Inhalt desselben auszufüllen und dadurch der Wissenschaft das nöthige Material für die Entwicklung des Prinzips an die Hand zu geben, woraus von selbst folgt, daß auch anscheinend

minder wichtige Fälle von Bedeutung für diese Aufgabe werden können.

Art. 9 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege.

(Feldwegegesetz vom 26. März 1862 Art. 18).

Am 1. Mai 1877 beschlossen die bürgerlichen Kollegien von N. in den Gewanden „hinter der Halde" und „unteres Feld" eine neue Feldwegeanlage in Verbindung mit einer theilweisen Gewandregulirung vorzunehmen. Die nöthige personelle wie reale Majorität stimmte zu, die Anlage wurde demgemäß für beschlossen erklärt, und den Dissentirenden ein Termin von 15 Tagen zur Geltendmachung ihrer Einwendungen anberaumt. Fünf Gutsbesitzer im „unteren Feld" und ebenso viele in „hinter der Halde" machten hierauf geltend, daß nach dem Erscheinen des Feldwegegesetzes in „hinter der Halde" eine Feldwegeregulirung vorgenommen wurde, weßhalb sie sich nicht für verpflichtet halten, ihre Grundstücke in den Plan einbeziehen zu lassen, weil ihre Grundstücke in Folge der früheren Regulirung mit ständigen Zufahrten versehen seien, und nur 6 Parzellen in dem Gewand „hinter der Halde" und eine im Gewand „unteres Feld" derselben entbehren. Für diese Parzellen lassen sich überdies Zufahrten ohne Gewandregulirung herstellen. Sie protestirten daher gegen eine Majorisirung sowie gegen die Genehmigung des Plans, der ihre Felder umgestalte, da die Gewandregulirung nur mit Zustimmung aller Betheiligten zulässig sei. Die Centralstelle für Landeskultursachen erklärte jedoch den Plan für unbedingt zweckmäßig, die Gewandregulirung und Einbeziehung der Parzellen der Protestirenden zur Durchführung des Plans für erforderlich. Sie sprach demgemäß die Genehmigung des Plans aus, woran der Umstand, daß die Dissentienten nicht als betheiligt im Sinn des Feldwegegesetzes anzusehen seien, nichts ändere. Acht der

Widersprechenden (2 traten zurück) erhoben dagegen unter Berufung auf die Akten Beschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof. Durch Erkenntniß vom 29. Dez. 1877 wurde dieselbe abgewiesen; „Wenn der Art. 18 Abs. 1 des Feldwegegesetzes vom 26. März 1872 die Theilnehmer und Abs. 2 andere Personen verpflichtet, das zu zweckmäßiger Ausführung des Unternehmens namentlich zur Umgestaltung einzelner Grundstücke und Gewandtheile erforderliche Land abzugeben, so ist damit klar ausgesprochen, daß eine Umgestaltung von Grundstücken oder einzelnen Gewandtheilen dann auch nicht betheiligten Grundstücken gegenüber zulässig ist, wenn die zweckmäßige Ausführung des Unternehmens dies fordert. Daß nun die projektirten Feldwegeanlagen zu ihrer zweckmäßigen Ausführung die beantragten Umgestaltungen nicht fordern, haben die Rekurrenten in keiner Weise dargethan, ihre Einsprache im Allgemeinen kann somit keine Berücksichtigung finden, wogegen ihre Einwendungen wegen Beeinträchtigung der Rechte ihrer einzelnen Güterstücke dem weiteren Verfahren nach Maßgabe der Art. 17 und 18 des Feldwegegesetzes zu überweisen sind.

Art. 10 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege.

Ziff 2. 3. Unterstützungswohnsitzgesetz.

a) Art. 4 und 7 des württ. Ausführungsgesetzes.

In der Streitsache des A. B. von X. Oberamt Z. Kläger gegen den Ortsarmenverband X. Beklagungsersatz der Kosten für den blödsinnigen armen Bruder des B. G. B. und die Kosten seines ferneren Unterhalts betreffend hatte das Oberamt Z. unterm 7. April 1876 beschlossen:

1) den Kläger mit seiner Klage auf 74 Pf. per Tag Entschädigung für die Verpflegung seines Bruders G. als den Verhältnissen nicht entsprechend abzuweisen;
2) den Beschluß der Ortsarmenbehörde vom 21. Febr.

1876, wornach dem Kläger jährlich 120 ℳ. und 12 ℳ. Kleidergeld bis zu anderweitiger Unterbringung seines Bruders bezahlt werden sollen, zu genehmigen und hiernach auf Grund des Art. 7 des württ. Ausführungsgesetzes vom 17. April 1873 und §. 30 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz die von der Armenbehörde zu leistende Entschädigung festzusetzen;

3) die Zeit des Beginns der Entschädigung auf den 21. Januar 1876 zu bestimmen;

4) auf Grund des Art. 134 der Civilprozeßordnung die enstandenen Kosten jeder Partei zu ihrem Theil zuzusprechen;

5) eine Sportel von 6 ℳ., welche je hälftig zu entrichten, anzusetzen.

Der Kläger erhob hiergegen Beschwerde bei der Kreisregierung. Dieselbe wurde unterm 27. Juli 1877 im Hinblick auf die dem Erkenntniß (?) des Oberamts zu Grunde liegenden Erwägungen, jedoch unter Aufhebung des Sportelansatzes abgewiesen. Der Sportelansatz sei gesetzlich nicht begründet, weil die Festsetzung der Höhe der Armenunterstützung nach Art. 7 des Gesetzes vom 17. April 1873 nur in Form einer Verfügung, nicht in Form eines administrativrichterlichen Erkenntnisses zu geschehen hatte. Die gegen diesen Bescheid eingereichte Beschwerde war an das Ministerium des Innern gerichtet. Dasselbe theilte die Beschwerde dem Verwaltungsgerichtshof mit, weil auf den vorliegenden Fall nicht der Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes vom 17. April 1873, sondern Art. 4 dieses Gesetzes Anwendung finde, die Entscheidung daher im Verwaltungsrechtswege zu erfolgen habe. Der Verwaltungsgerichtshof theilte zwar diese Auffassung, sofern es sich nicht um einen Anspruch des Armen selbst oder seines Pflegers, die sich bei dem ganzen Verfahren gar nicht betheiligt hatten, sondern um den Ersatzanspruch eines Dritten, des Bruders, nach Maßgabe des Art. 4 des Gesetzes vom 17. April

1873 handle. Er gab aber die Akten dem Ministerium des Innern unterm 28. Nov. 1877 zur Verfügung zurück, da es dessen Sache sei, die einmal im Wege der Verfügung getroffene Anordnung der Verwaltungsbehörden außer Wirkung zu setzen und die Sache auf den Verwaltungsrechtsweg zu verweisen.

b) §. 65 Ziff. 1 des Unterstützungswohnsitzgesetzes §. 2 des Einführungsgesetzes.

Begriff der öffentlichen Armenunterstützung.

Der Ortsarmenverband Ohrnberg, Oberamt Oehringen, klagte gegen den Ortsarmenverband Eichach, Gemeinde Zweiflingen, Oberamt Oehringen, auf Uebernahme des unterstützungsbedürftigen Christian Brutscher in öffentliche Unterstützung und Ersatz der Auslagen, wurde aber in beiden Instanzen (Regierungserkenntniß vom 9. Juli 1877, Erkenntniß des Verwaltungsgerichtshofs vom 28. Februar 1878) mit der Klage abgewiesen.

Christian Brutscher ist den 20. Januar 1867 geboren. Er ist der uneheliche Sohn der Christine Brutscher von Ohrnberg und eines Dienstknechts Georg Ulm. Am 30. Januar 1870 heirathete die Christine Brutscher den Schmid Karl Sinner aus Wachbach, der sich in Eichach niedergelassen hatte. Christian Brutscher wurde bis zum 2. Februar 1870 bei den Wagner'schen Eheleuten in Ohrnberg aufgezogen. Am 2. Februar 1870 nahmen ihn die Sinner'schen Eheleute zu sich. Der Stiefvater mißhandelte ihn aber so sehr, daß derselbe von dem Oberamtsgericht Oehringen wegen dieser Mißhandlung zu 14 Tagen Gefängniß verurtheilt und angeordnet wurde, daß er nicht mehr bei den Sinner'schen Eheleuten bleiben dürfe, sondern anderswo untergebracht werden müsse. Am 8. April 1871 kam er in Folge dessen auf Anordnung des Gemeinderaths Ohrnberg wieder zu den Wagner'schen Eheleuten. Bei diesen blieb er bis September 1874. Im September 1874 entlief er und ging wieder zu Sinners. Am 19. Dez.

1874 ging er auch dort in Folge erneuter Mißhandlungen durch und begab sich wieder nach Ohrnberg. Das Schultheißenamt Ohrnberg brachte ihn nun gegen ein jährliches Kostgeld von 36 fl. bei F. Kärcher daselbst unter, wo er noch ist. Sein unehelicher Vater hatte bis 1871 jährlich Anfangs 15 fl., später 20 fl. für seine Alimentirung bezahlt. Eine Klage auf Bezahlung der Rückstände von 1871/74 blieb wegen Mangels von Exekutionsobjekten erfolglos. Am 21. Januar 1875 theilte die Ortsarmenbehörde Ohrnberg der Ortsarmenbehörde Eichach mit, daß der Knabe unterstützungsbedürftig sei, und da er dem Unterstützungswohnsitz seiner Mutter folge, so werde gebeten, ihn in Unterstützung zu nehmen, und für das Vergangene Ersatz zu leisten. Eichach verweigerte beides, weil Sinner nicht zu den Ortsarmen gehöre. Der Gemeinderath Ohrnberg klagte nun gegen die Christine Sinner auf Ersatz des seitherigen Aufwands und Uebernahme des Knaben. Die Sinner gab der Klage statt und wurde durch Entscheidung der Civilkammer des Kreisgerichtshofs Hall vom 9. Oktober 1875 für verpflichtet erkannt, ihr Kind in Unterstützung zu nehmen. Die Ausführung dieser Entscheidung scheiterte aber daran, daß die Sinner nicht im Stande war, die Mittel für seine Unterbringung bei Andern aufzubringen, während man den Knaben nach den seitherigen Erfahrungen nicht den Sinner'schen Eheleuten anvertrauen konnte. Nun belangte der Ortsarmenverband Ohrnberg den von Eichach auf Ersatz des seitherigen Aufwands und Uebernahme des Brutscher. Er machte geltend, daß uneheliche Kinder dem Unterstützungswohnsitz der Mutter folgen, und die Sinner geb. Brutscher nun in Eichach den Unterstützungswohnsitz erworben habe. Eichach wandte dagegen ein: Sinner sei nicht der natürliche Vater des Brutscher. Sein Heimathrecht (Unterstützungswohnsitz) habe daher nicht auf ihn übergehen können. Sinner war im Jahr 1876 in Gant gerathen. Derselbe und seine Ehefrau seien außer Stand, neben zwei ehelichen Kindern

auch noch den unehelichen Knaben zu erhalten. Der Dienstknecht Ulm sei zwar zur Alimentirung verpflichtet, könne aber seine Verbindlichkeit nicht erfüllen. Nachdem die Unterstützungsbedürftigkeit außer Zweifel gesetzt war, und die öffentliche Verhandlung statt gehabt hatte, ohne daß eine der Parthien erschienen wäre, wies die Regierung des Jaxtkreises die Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten und Sporteln des Streits ab. Die Regierung nahm an, daß die dem Brutscher geleistete Unterstützung keine Armenunterstützung war im Sinn des Gesetzes, sondern daß sie geleistet wurde, um den Knaben besser zu erziehen und gegen Mißhandlungen zu schützen. Dieser Auffassung konnte der Verwaltungsgerichtshof nicht beipflichten, er erkannte aber gleichwohl aus folgenden Gründen rejektorisch:

Die Unterstützung ist als Armenunterstützung im Sinn des Gesetzes anzusehen. Wenn Brutscher auch am 9. Dez. 1874 aus dem Haus seines Stiefvaters entwichen ist, so ergibt sich doch aus dem ganzen Verhalten der Sinner'schen Eheleute, daß sie sich der Unterhaltung des Kindes entschlagen, und dasselbe lediglich seinem Schicksal, d. h. der Gemeinde Ohrnberg, wo es betreten wurde, überlassen wollten. Aus welchem Motiv sie dies thaten, ob insbesondere aus dem Grund wirklichen Unvermögens, kann dahingestellt bleiben, da die Thatsache, daß die Alimentationspflichtigen ihre Verbindlichkeit nicht erfüllten, genügte, eine Nothlage zu schaffen, welche den Eintritt der öffentlichen Fürsorge gebot. Hieran änderte es nichts, daß der Kläger in Gemäßheit des §. 62 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz die Mutter zivilrechtlich auf Ersatz des geleisteten Aufwands und Uebernahme des Kinds belangte, und eine günstige Entscheidung erwirkte. Dagegen kann der Ortsarmenverband Eichach nicht für verpflichtet erkannt werden, den Ersatz zu leisten, und den Christian Brutscher zu übernehmen. Derselbe hatte nach Art. 14 Abs. 1 des rev. Bürgerrechtsgesetzes vom 4. Dez. 1833 sein Heimaths-

recht in Ohrnberg. Die Verheirathung seiner Mutter änderte hieran nichts, da ihr Ehemann nicht sein natürlicher Vater war. Am 31. Dez. 1872 dem für die Einführung des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz entscheidenden Zeitpunkt (§. 65 Ziff. 1 des Reichsgesetzes und §. 2 des Einführungsgesetzes vom 8. Nov. 1871) hatte er das Heimathsrecht noch in Ohrnberg und deßhalb dort vom 1. Januar 1873 an den selbstständigen Unterstützungswohnsitz, den er ungeachtet der Bestimmung des §. 21 des Reichsgesetzes auch jetzt noch hat, da dieselbe nach der Absicht des Gesetzes (§. 65 Ziff. 1) auf bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes begründete Rechtsverhältnisse keine Anwendung findet, letztere somit nach Art. 14 des rev. Bürgerrechtsgesetzes zu beurtheilen sind.

c) §. 34 des Reichsgesetzes. Anmeldung des Anspruchs.

In der Rechtssache des Ortsarmenverbands Gmünd, Klägers gegen den Ortsarmenverband Heidenheim Beklagten, Ersatz der Kur- und Verpflegungskosten der Wittwe Raff von Heidenheim betreffend, hatte Beklagter die Ersatzverbindlichkeit deßhalb bestritten, weil ihm von der Aufnahme der erkrankten Raff in das Spital in Gmünd zwar unter Angabe des Betrags des täglichen Verpflegungsgelds und unter Bezugnahme auf das der Mittheilung beigeschlossene nach dem Formular in Bäzner, Handbuch der neuen Gesetzgebung über die Armenpflege S. 270 ausgefertigte Vernehmungsprotokoll durch die Hospitalverwaltung Mittheilung gemacht, nicht aber die ausdrückliche Anfrage gestellt worden war, ob der Anspruch anerkannt werde? Den Empfang der Mittheilung hatte Beklagter bescheint. Diese Einrede wurde verworfen. In dem gedruckten Formular ist sogleich im Eingang auf den §. 34 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz hingewiesen, in der Mittheilung der Hospitalverwaltung war aber auf das angeschlossene Vernehmungsprotokoll Bezug genommen, die Ortsarmenbehörde Heidenheim konnte somit über den

Grund und den Zweck dieser Mittheilung nicht im Zweifel sein. Dabei könne dahingestellt bleiben, ob der in §. 34 des Reichsgesetzes angedrohte Verlust des Ersatzanspruchs sich überhaupt auf eine mangelhafte Anmeldung erstrecke, oder sich vielmehr nur auf die Versäumung des für die Anmeldung gegebenen Termins von sechs Monaten beschränke.

Gleiches Schicksal hatte eine zweite Einwendung des Beklagten. Die Wittwe Raff war am 13. Nov. 1874 wegen einer durch ihr vorgerücktes Alter veranlaßten unheilbaren Krankheit in das Spital aufgenommen worden. Nach einem nachträglich von dem Spitalarzt ausgestellten Zeugnisse entfernte sie sich am 4. März 1875 eigenmächtig aus dem Spital und begab sich zu einer in Gmünd wohnenden Base, bei der sie vor ihrer Aufnahme in das Spital ihre Unterkunft gehabt hatte. Auf den Antrag des sie bei dieser Base behandelnden Arztes, der nicht der Spitalarzt war, wurde sie jedoch am 18. März 1875, somit 14 Tage nach ihrer eigenmächtigen Entfernung, wieder in das Spital aufgenommen. Weder von der eigenmächtigen Entfernung aus dem Spital, noch von ihrem Wiedereintritt in dasselbe war der Ortsarmenbehörde Heidenheim Mittheilung gemacht worden. Letztere glaubte deßhalb jedenfalls nicht verpflichtet zu sein, die Kosten für den Aufenthalt der Raff in dem Spital vom 18. März 1875 an zu bezahlen. In Erwägung jedoch, daß die Raff ohne vorher als geheilt oder überhaupt regelrecht aus dem Spital entlassen zu sein, nach kurzer Zeit wieder in dem Spital Aufnahme gefunden hatte, nahm der Verwaltungsgerichtshof an, daß in ihrer Verpflegung und Behandlung vom 18. März 1875 nur eine Fortsetzung der seither gewährten Unterstützung und keine neue Unterstützung gefunden werden könne, und daß daher die am 14. Nov. 1874 erfolgte Anmeldung des Anspruchs auch auf diesen Theil der Kosten zu beziehen sei, ohne daß eine neue Anmeldung erforderlich gewesen wäre, weßhalb Beklagter auch zum Ersatz dieser Kosten verurtheilt wurde.

Art. 10 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege.

Ziff. 7. Abgaben oder Leistungen für Gemeinden und Korporationen.

a) Verpflichtung der Staatsfinanzverwaltung zu Kirchenkosten.

In die Pfarrei D. sind außer der Gemeinde D. die Gemeinden N. und R. eingepfarrt. Die Bestreitung des kirchlichen Aufwands einschließlich der Baulast an der Kirche, liegt prinzipal der Stiftungpflege D. ob. Da dieselbe aber hierfür nicht genügende Mittel besitzt, so wurde der Aufwand von jeher von den Gemeinden in der Weise bestritten, daß die Gemeinde D. $^8/_{15}$, die Gemeinden N. und R. dagegen zusammen $^7/_{15}$ der Kosten beitrugen. In Folge des Gesetzes vom 18. Juni 1849 wurden bedeutende Staatswaldungen der Gemeinde D. einverleibt. Die Staatsforstverwaltung hat deßhalb über $^1/_3$ des Gemeindeschadens von D. zu tragen, und ist nach Vorschrift der Verfügung des Ministeriums des Innern vom 25. April 1852 berechtigt, die Gemeindeetats vor ihrer Genehmigung zur Einsicht zu erhalten. Sie beanstandete hierbei den für kirchliche Zwecke aufgenommenen Aufwand und erwirkte neben einzelnen Verfügungen über Beseitigung darauf Bezug habender Posten, insbesondere unterm 14. Juli 1857 einen Bescheid des Oberamts N., der aussprach, daß der Gemeinde D. eine privatrechtliche Verbindlichkeit zur Bestreitung der Orgelbaukosten nicht obliege. Da es aber wegen der einzelnen Posten des Etats wiederholt Beanstandungen von Seite der Staatsfinanzverwaltung gab, so erhob die Gemeinde D. Klage gegen dieselbe. In der Klage behauptete die Gemeinde, daß die politische Gemeinde in Folge besonderer Verpflichtung zur Bestreitung der Kirchenkosten verbunden, und demgemäß die Staatsfinanzverwaltung nicht berechtigt sei, sich der Beitragspflicht zu diesem Theil des Gemeindeschadens zu entziehen. Diese besondere Verpflichtung stützte die Gemeinde auf die Thatsache, daß der Aufwand für die Kirche und ihren Verband

nach den Gemeinderechnungen seit den 1780er Jahren fast ausnahmslos aus der Gemeindekasse bestritten worden war. Nach den vorgelegten Rechnungen war dies richtig, doch fehlten nicht einzelne Ausnahmen, in denen die Kosten für einzelne Ausgaben durch Umlage auf die Parochianen nach Haushaltungen aufgebracht worden waren. Außerdem berief sich die Gemeinde auf ein herzogliches Reskript der Regierung vom 3. Juni 1768 folgenden Inhalts:

„Wir haben Uns aus den von den Kommunen D. N. und N. pcto strittiger Kirchen- und Schulhausbaukonkurrenz seit 1761 verschiedentlich eingekommenen exhibitis sowohl, als auch aus den von den gemeinschaftlichen Oberämtern N. W. H. in causa erstatteten Berichten des Mehreren umständlich referiren lassen. Gleichwie sich nun aus samtlichen diesen in causa verhandelten Akten deutlich zu Tage gelegt, daß das pium corpus zu D. alle diese Reparaturen zwar auf sich zu leiden zwar schuldig und verbunden, dasselbe aber dieses derzeit zu prästiren wegen dessen allzu sehr geschwächten fundi außer Stand sei — als ist hiermit Unser befelch an Euch, Ihr sollet sämmtlich ersagte Kommunen bei vorliegenden Umständen bedeutten, daß sie hierunter in das Mittel tretten, und zwar die zu D. mit 32 kr., die beide Filialorte N. und N. zusammen mit 28 kr. zum Gulden konkurriren sollen."

Dieses Reskript war seinem ganzen Inhalt nach den Gemeinderechnungen als Prämiß vorangeschickt worden. Sodann hatte die Kreisregierung in N. aus Anlaß einer Klage des Pfarrers wegen Reparatur der Kirche unterm 6. Mai 1818 verfügt:

„Da ein jährliches Defizit der Heiligenpflege von 33 fl. 20 kr. nachgewiesen ist und dem Generalreskript vom 23. Sept. 1783 §. 13 gemäß die Heiligen in Fällen der Unzulänglichkeit ihrer Einnahmen von den Kommunen zu vertreten sind, kann man um so weniger absehen, wie sich die Kommunvorsteher der gedachten Orte weigern wollen, die Baulast an der Kirche und dem Schulhaus

in D. auf die Kommunkasse zu übernehmen, als diese schon durch den Befehl vom 3. Juni 1768 hierzu verpflichtet ist. Das Oberamt hat daher dafür zu sorgen, daß nicht nur die Baukosten mit 50 fl. in dem durch dieses Reskript festgesetzten Verhältniß von $^8/_{15}$ für D. und $^7/_{15}$ für N. und N. ersetzt, sondern auch der künftige Aufwand in so lange von den gedachten Kommunen bestritten werden, bis das pium corpus in D. zu besseren Kräften gekommen ist."

Auf diese beiden Erlasse, mit denen eine weitere Verfügung der Kreisregierung vom 4. Nov. 1818 übereinstimmte, gründete die Gemeinde D. die Behauptung, daß durch dieselben der politischen Gemeinde D. die rechtliche Verpflichtung der Bestreitung des kirchlichen Aufwands insbesondere der Kirchenbaukosten auferlegt worden sei, und sie demgemäß denselben nicht in nur thatsächlicher Vertretung der Kirchengemeinde, sondern in der Absicht und mit dem Bewußtsein einer rechtlichen Verpflichtung bestritten habe. Bei dem Eintritt der Forstverwaltung in den Gemeindeverband von D. sei hiernach der politischen Gemeinde die subsidiäre Bestreitung des kirchlichen Aufwands bereits als besondere Rechtsverbindlichkeit obgelegen, und daß unter der „Kommun" in dem herzoglichen Regierungsreskript vom 3. Juni 1768 wie in den angeführten Regierungserlassen nur die politische Gemeinde verstanden sei, setze die Erwähnung der Schulhausbaukosten außer Zweifel, da deren Bestreitung nur der politischen nicht der Kirchen-Gemeinde obliege.

Dem gegenüber bestritt die Staatsfinanzverwaltung die Verbindlichkeit, zu den Kirchenkosten beizutragen, da sie als juristische Person keiner Kirche angehören. Den Ausführungen der Klägerin folgend, erkannte das Oberamt unterm 10. Febr. 1875, die Kreisregierung durch Erkenntniß vom 25. Sept. 1877 die Staatsfinanzverwaltung für verpflichtet, an den Kirchenkosten mitzubezahlen. Auf eingelegte Berufung änderte aber der Verwaltungsgerichts-

hof unterm 5. Febr. 1878 diese Erkenntnisse ab, und wies die Klägerin mit ihrer Klage aus folgenden Gründen ab:

I. Unter den Parteien ist unbestritten und auch feststehenden Rechtens, daß die K. Staatsfinanzverwaltung aus ihrem zu einer Gemeinde steuerbaren Vermögen an den von der politischen Gemeinde in ihren Haushalt aufgenommenen Kosten für kirchliche Bedürfnisse nur dann mitzutragen hat, wenn eine besondere Verbindlichkeit der politischen Gemeinde, diese Last zu tragen, nachgewiesen ist.

II. Die Klägerin selbst und mit ihr die Richter der beiden vorigen Instanzen haben mit Recht angenommen, daß die bloße Thatsache der Bezahlung solcher Kosten durch eine lange Reihe von Jahren von Seite der politischen Gemeinde nicht genügt, um eine solche Verbindlichkeit als nachgewiesen ansehen zu können, daß vielmehr anderweitige Momente dazu kommen müssen, aus denen sich ergibt, daß die politische Gemeinde mit ihrem Eintreten für diese Kosten nicht bloß die Absicht hatte, die Kirchengemeinde aus Gründen der Vereinfachung und Zweckmäßigkeit — Mangels einer geregelten Organisation der letzteren — zu vertreten, sondern die rechtliche Verpflichtung von der Kirchengemeinde ab und auf die politische Gemeinde entweder ausdrücklich zu übernehmen, oder sie wenigstens in dem Bewußtsein und mit der Absicht zu bestreiten, daß die politische Gemeinde der hierzu verpflichtete Theil sei, oder sein soll.

III. Wenn der vorige Richter eine Anzeige für eine solche Absicht in dem Umstande zu erblicken glaubte, daß in D. die politische und die Kirchengemeinde niemals zusammenfiel, und daß nach den Erhebungen in Dobel von jeher Ausmärker und zeitweise auch nicht evangelische Gemeindeangehörige sich befanden, (Ziff. 5 der Regierungsentscheidung) so ist ein Unterschied der politischen und der Kirchengemeinde, der ein nennenswerthes praktisches In-

teresse darbieten würde, durch die vorliegenden Akten nicht bestätigt. In den Gemeinderechnungen für die Jahre 1781/2 und 1800/1 geschieht zwar des Verhältnisses des Beitrags der Ausgesessenen zu der Umlage dahin Erwähnung, daß im Jahr 1781/2 an einer Gesammtumlage von 238 fl. 51 kr. die Ausgesessenen 13 fl. 16 kr. und an einer Gesammtumlage von 342 fl. 55 kr. im Jahr 1800/1 16 fl. 55 kr., somit zwischen 5 und 6% der Gesammtumlage beizutragen hatten. Abgesehen jedoch davon, ob nach der einzigen die Ausmärker gegen ungebührliche Belastung schützenden Bestimmung der Kommunordnung Kap. V. Abschn. 9 §. 8, denselben deßhalb ein Einspracherecht gegen die Aufnahme kirchlicher Kosten in den Gemeindehaushalt zugestanden hätte, ist aus den gedachten Rechnungen nirgends ersichtlich, welcher Gemeinde diese Ausmärker angehörten. Wenn dieselben, wie die späteren Erhebungen seit 1820 ergeben haben, zu $^{17}/_{21}$ den in denselben Kirchenverband wie D. gehörigen Orten N. und N. angehörten, so hätte einer Einsprache von ihrer Seite das rechtliche Fundament des mangelnden Kirchenverbands von vornenherein gefehlt. Mag man aber die hiernach an den Umlagen der Ausgesessenen sich ergebenden Beträge abrechnen oder nicht, so ergäbe das Verhältniß des gesammten Aufwands der Gemeinde zu den Kirchenkosten jedenfalls so kleine Beträge für den einzelnen Steuerpflichtigen, daß auf sie sicher die Bemerkung der Gemeindepflegerechnung für das Jahr 1804/5 S. 31 b ihre volle Anwendung findet, daß die Umlage mit Kosten verbunden sei, und man geht wohl nicht fehl, wenn man sagt, größere Kosten verursacht hätte, als das für die einzelnen Steuerpflichtigen resultirende Ergebniß.

Was aber die Konfessionsverhältnisse der Gemeinde D. betrifft, so liegt dafür, daß im vorigen Jahrhundert überhaupt Nichtevangelische in D. gelebt hätten, gar nichts vor. Die dekanatamtlichen Berichte, welche aus Anlaß der Erledigung der Pfarrstelle über die Verhältnisse der Pfarrei

erstattet wurden, erwähnen solcher nicht. Die Pfarrberichte führen nur an, daß im Jahr 1799 gar keine pontificii vorhanden waren; für dieses Jahrhundert erwähnt nur der Bericht von 1811 einen Katholiken, der aber in den folgenden Jahren nicht mehr angeführt ist, und erst der Pfarrbericht von 1841 erwähnt wieder eine katholische Weibsperson. Darüber aber, ob diese Personen überhaupt steuerpflichtig waren, ob sie selbständig in D. gelebt haben, oder nicht vielmehr, wie die Dauer ihres Aufenthalts ergibt, als Dienstboten oder sonst vorübergehend in D. sich aufhielten, ist nichts gesagt.

Dem Ausgeführten zu Folge muß man daher billig Anstand nehmen, auf einen Unterschied zwischen der politischen und der Kirchengemeinde für die Entscheidung der vorliegenden Frage irgend ein Gewicht zu legen.

IV. Daraus, daß das Reskript der herzoglichen Regierung vom 3. Juni 1768 neben den Kirchenbaukosten auch die Kosten des Schulhauses erwähnt, folgt — ganz abgesehen davon, daß der Unterschied zwischen politischer und Kirchengemeinde erst der neuesten Zeit angehört — nicht, daß unter den „Kommunen," welchen nach diesem Reskript bedeutet werden soll, ins Mittel zu treten, die politischen Gemeinden verstanden sein sollten. Die Baulast an diesem Schulhaus lag, wie in dem Reskript ausdrücklich gesagt, und auch sonst in den Akten erwähnt ist, der Heiligenpflege ob, und der Schuldienst war mit dem Meßnerdienst verbunden. Daraus wäre zu schließen, daß dieses Schulhaus ursprünglich Meßnerhaus war, und daraus würde sich erklären, daß die Gemeinden N. und R. obgleich sie die Schule in D. nicht für sich benützten, sondern eigene Schulen hatten, gleichwohl subsidiär baupflichtig für das Schulhaus in seinem damaligen Bestand blieben, weil dasselbe Eigenthum der Heiligenpflege D. als kirchliche Appertinenz war. Wenn aber dem so, so folgt aus der Erwähnung des Schulhauses neben der Kirche in dem gedachten Reskript nicht, daß unter den Kommunen nach dem

Sinn der Resolution die politische und nicht die Kirchengemeinde verstanden werden wollte. Ueberdies erhellt aus den Akten, die über den Streit vorliegen, der durch die Resolution vom 3. Juni 1768 entschieden wurde, nur, daß der Mutterort D. und die Filialorte N. und R. sich darüber gestritten haben, in welchem Verhältniß die letzteren zur Deckung des Defizits der Heiligenpflege beizutragen haben hinsichtlich der der letzteren obliegenden Baulast an der Kirche und dem Schulhaus in D. Nirgends aber ist in diesen Akten eine Andeutung dahin zu finden, daß auch die Frage, ob innerhalb der einzelnen Gemeinde die kirchliche oder die politische Gemeinde für die Deckung dieses Defizits in Anspruch zu nehmen sei, Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Streits gewesen ist. Wollte man daher je unter den „Kommunen" die politischen Gemeinden verstehen, so könnte in der fraglichen Entscheidung — Mangels jeder Verhandlung unter den dabei Betheiligten — jedenfalls nichts die politische Gemeinde gegenüber der Kirchengemeinde Verpflichtendes gefunden werden, da diese Entscheidung als eine res inter alios acta hiefür keine Bedeutung hätte.

V. Ganz Dasselbe trifft aber auch im Wesentlichen für die Erlasse der Kreisregierung vom 6. Mai und 4. Nov. 1818 zu. Auch damals handelte es sich nicht um die Entscheidung der Frage, ob die Kirchengemeinde oder die politische Gemeinde für die Deckung des Defizits der Heiligenpflege einzustehen habe. Die Gemeinden, welche seither diese Deckung thatsächlich bestritten hatten, übernahmen den laufenden Aufwand für die noch nicht erfolgten Reparaturen ohne Einwendung. Sie weigerten sich nur, der Heiligenpflege Ersatz für den früher von ihr gemachten Aufwand zu leisten, nicht aber etwa deßhalb, weil die Kirchengemeinde, nicht die politische Gemeinde zu diesem Ersatz verpflichtet wäre, sondern deßhalb, weil der Heilige diesen Aufwand leichter zu tragen vermöge, als die Gemeindekasse. Auch in diesen Erlassen kann deßhalb nichts

die politische Gemeinde gegenüber der Kirchengemeinde Verpflichtendes gefunden werden.

VI. Endlich hat die Klägerin in ihrer neuesten Vernehmlassung in dieser Instanz angeführt:

„Besonders hervorzuheben ist die Thatsache, daß der einzigen Umlage der Kosten zur Anschaffung von zwei Glocken auf die Kirchengenossen alsbald Seitens dieser eine Verwahrung gegen eine diesfallsige rechtliche Verbindlichkeit auf dem Fuße folgte und daß in Folge dessen von der Umlage der Kosten einer dritten Glocke Seitens der Kirchenvertretung abgestanden wurde."

Allein diese Behauptung der Klägerin stimmt mit den Akten nicht überein. In denselben ist von einem Protest der Kirchengenossen gegen die Umlage der Kosten für die beiden ersten Glocken überhaupt nichts zu finden, vielmehr scheint diese Umlage ohne Anstand eingegangen zu sein. Hinsichtlich der dritten Glocke ist gesagt: Für eine dritte Glocke wurde eine weitere Umlage gemacht, der Betrag aber zurückerstattet, weil gegen die Umlage protestirt wurde, und namentlich die Filialisten (die eine dritte Glocke für überflüssig hielten) nicht daran Theil nehmen wollten. Als Grund für die Protestation gegen die Umlage der Kosten für eine dritte Glocke findet sich nur das, daß sie für überflüssig gehalten wurde und nirgends ist gesagt, daß eine Protestation deßhalb erfolgte, weil die Kirchengenossen ihre diesfallsige Verbindlichkeit deßhalb bestritten, weil nicht sie, sondern die politische Gemeinde zur Tragung der Kosten verpflichtet seien. Es kann daher auch hieraus nichts für eine Rechtspflicht der politischen Gemeinde gefolgert werden.

VII. Dem Ausgeführten zu Folge hat die klagende Gemeinde den Beweis, daß ihr die Baulast an der Kirche in Folge einer rechtlichen Verpflichtung obliege — gründe sich dieselbe auf rechtsgiltiges Herkommen oder auf ausdrückliche mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde erfolgte

Uebernahme — nicht zu führen vermocht, weßhalb wie geschehen erkannt werden mußte.

b) **Gemeinde und Korporationssteuerpflicht von Exerzierplätzen.**

Die Militärverwaltung kaufte auf der Markung N. 20⁶/₈ Morgen Feld, die sie zu einem Exerzierplatz herrichtete. Ihre Verbindlichkeit zur Bezahlung von Gemeindeumlagen bestritt sie theils auf Grund des §. 3 lit. g des Steuerkatastergesetzes vom 15. Juli 1821, theils auf Grund des Art. 8 Ziff. 1 des Gesetzes vom 18. Juni 1849. Von dem Ministerium des Innern durch Erkenntniß vom 20. September 1877 für verpflichtet erkannt, die Abgaben zu entrichten, verwarf der Verwaltungsgerichtshof unter dem 13. März 1878 die dagegen erhobene Beschwerde aus folgenden Gründen:

1) Daß ein militärischer Uebungsplatz an sich öffentlichen Zwecken dient, ist nicht zu bezweifeln. Da aber Art. 8 des Gesetzes vom 18. Juni 1849 sich nur auf neusteuerbare dem Amte und Gemeindeverband erst einzuverleibende Realitäten bezieht und nicht auf altsteuerbare, wie sie hier in Frage stehen, so kann auf Grund dieser Bestimmung die Steuerbefreiung nicht beansprucht werden. Erst das Gesetz vom 23. Juli 1877 Art. 2 Abs. 2 hat den bis dahin zwischen alt- und neusteuerbaren Realitäten in dieser Beziehung bestandenen Unterschied aufgehoben (Verh. der K. d. Abg. von 1877, 33. Sitzung S. 679 bis 686).

2) §. 3 lit. g des Katastergesetzes vom 15. Juli 1821 findet keine Anwendung, weil ein Exerzierplatz nicht in der Weise, wie Märkte und andere öffentliche Plätze zu Jedermanns Gebrauch, sondern nur für den Gebrauch des Militärs dient, die Analogie somit nicht zutrifft.

Art. 10 Ziff. 21. Wegstreitigkeiten.

a) Nachbarschafts- oder Güterweg? Augenschein, Primärkataster, Zeugenaussagen über Benützung des Wegs. Wegweiser.

Von der herrschaftlichen Domäne S. führen 2 Wege nach O., der eine über U., eine anerkannte chaussirte Nachbarschaftsstraße, der andere direkt nach O. Die drei Orte bilden ein Dreieck, dessen Spitze S., dessen Grundlinie O. und U. ist. Da von Seite O's der direkte Weg wiederholt befahren wurde, so beansprucht der Pächter der Domäne S. denselben absperren zu dürfen. — O. erhob dagegen Einsprache, weil der Weg Nachbarschaftsstraße sei, was die Domänenverwaltung veranlaßte, gegen die Gemeinde O. Klage dahin zu erheben, daß derselben kein Recht zustehe, diesen Weg als öffentlichen Nachbarschaftsweg mit Fuhrwerken zu befahren.

Ueber den Weg selbst lag aus früherer Zeit Folgendes in den Akten:

1) Sowohl in dem Primärkataster von S. als in dem von U., dessen Markung der Weg in seiner Fortsetzung von S. nach O. gleichfalls durchschneidet und in dem Primärkataster von O. selbst ist der streitige Weg als Güterweg bezeichnet. Er führt in dem Primärkataster von S. den Namen O . . er Staig, in dem von U. den Namen Zacherweg, in dem von O. den Namen Hanggasse, auch S . . e r Weg oder Weggasse. Der Grund und Boden ist in dem Primärkataster von O. als Eigenthum der Gemeinde, in dem von U. als Eigenthum der Anlieger in dem von S. als Eigenthum der Domäne bezeichnet. Die Primärkataster sind in der gewöhnlichen Weise von den bürgerlichen Kollegien, das von S. insbesondere von den bürgerlichen Kollegien von O. anerkannt, dem S. damals in gerichtlicher und polizeilicher Beziehung zugetheilt war.

2) Bei der Vollziehung des Gesetzes vom 18. Juni 1849 bat die Domänenverwaltung um Einverleibung der Domäne S. in die Gemeinde U. als die näher gelegene.

Um nach O. zu kommen, müsse man über U. fahren, dessen Markung die Markungen von S. und U. von einander trenne. Der Gemeinderath O. erklärte zunächst, daß der Weg von S. nur im Fall des schlechtesten Wetters über U. nach O. führe. Der Unterschied der Entfernung zwischen S. und O. betrage gegenüber von der von U. nur eine schwache Viertelstunde, und der Weg von U. nach O. sei in einem ganz guten Zustand. Der nähere Fußweg von O. nach S. ist den größten Theil des Jahres ganz wohl zu begehen (nachträglich wurde über Fußweg gesetzt, nicht nur Fußweg, sondern auch Fahrweg, und über „begehen" „und zu befahren") und nur zur schlimmsten Zeit ungangbar. Bei der hierauf gepflogenen mündlichen Verhandlung vom 19. Okt. 1850 hielt der Vertreter der Domänenverwaltung den Vertretern von O. vor, daß sie zugeben müßten, daß der angeführte nähere Weg nicht als fahrbarer und nur als Fußweg erklärt werden könne, worauf sie nichts erwiderten, und die bürgerlichen Kollegien ohne den streitigen Weg wirderholt geltend zu machen, erklärten nur, daß der Unterschied der Entfernung von 1/4 Stunde so unbedeutend sei, daß er eine Aenderung nicht begründe. Von dem Oberamtsgeometer forderte das Oberamt einen Situationsplan. In demselben bemerkte er hinsichtlich des streitigen Wegs „Feldweg mehr für Fußgehende als für Fahrende." Die Kommission für die Vereinigung des Gemeindeverbands verfügt unterm 7. März 1851 die Einverleibung der Domäne S. in den Gemeindeverband von U. und bemerkte hinsichtlich des streitigen Wegs: derselbe bildet keine Nachbarschaftsstraße, sondern einen Feldweg, der mehr für Fußgänger geeignet und nicht das ganze Jahr brauchbar ist, überdies liegt er auch auf der Markung U.

3) Aus Anlaß der Einführung der Landpostboten stritten U. und O. sich um den Sitz des Landpostboten, der für S., O. und U., sowie für H. aufgestellt werden sollte. In einer Eingabe vom Februar 1864 machten der

Pfarrer, Schultheiß und die Gemeinderäthe von O. geltend, „daß der Güterweg von O. nach S. in einem großen Theil des Jahrs sehr schlecht, oft gar nicht gangbar ist, besonders für einen Wagen oder Karren, so daß der Landbote oft und viel genöthigt sein wird, auf der Fahrstraße zu bleiben und dadurch einen Weg zu machen, der wenigstens eine halbe Stunde weiter ist, als der Weg, den der Landbote von O. aus ganz auf der Straße zu machen hat." Umgekehrt machte dagegen das Schultheißenamt, nicht der Gemeinderath, U. geltend, es sei dieser Weg seit undenklicher Zeit der Verbindungsweg zwischen O. und S. und mußten auf ihm seither die Leichname von S. nach O. per Wagen gebracht werden. Seit neuerer Zeit wurde an demselben viel verbessert, er hat auf beiden Seiten vielfach Wasen, so daß es namentlich im Sommer angenehmer darauf zu gehen ist, als auf der Landstraße. Daß derselbe nicht so schlecht gangbar ist, muß der Amtsbote von M. bezeugen, da solcher in seinem 7. Dienstjahr nur ein oder zwei Mal bei starkem Schneefall den Weg über U. einschlug. — Der von dem Oberamt mit Besichtigung des Wegs beauftragte Oberamtswegmeister berichtete am 19. Febr. 1864: Auf Markung S. ist der Weg 32' breit und mit Straßengräben versehen, er ist mit Gras bewachsen und wird hauptsächlich als Schaftrieb benützt, so daß er, obgleich nicht chaussirt, das ganze Jahr gut zu begehen sein wird. Auf Markung U. ist der Weg ein gewöhnlicher Feldweg, auf dem eine kurze Strecke lang etwas Steine eingeworfen sind, im Uebrigen ist er nicht chaussirt und bei sehr ungünstiger Witterung nicht gut zu begehen. Auf Markung O. ist er ein etwas besserer Feldweg, an den auf der einen Seite durchaus, auf der anderen zum größeren Theil Wiesen anstoßen, auch finden sich theilweise erhöhte und mit Gras bewachsene Nebenwege, weßhalb dieser Theil des Wegs nöthigenfalls mit Benützung der anstoßenden Wiesen das ganze Jahr begangen werden kann. Im Ganzen läßt sich daher annehmen, daß der Weg ge-

wöhnlich gut zu begehen sein wird, und daß nur bei sehr ungünstiger Witterung ein anderer Weg wird gewählt werden müssen, jedoch dürfte Letzteres nur wenig vorkommen, da der Weg nur eine halbe Stunde lang ist, und auf dieser Strecke ein Mann bei Tag dem größten Morast immer etwas ausweichen kann. Bei nicht allzuschlechtem Wetter dürfte auch mit einem Karren selbst auf dem schlechteren Theil des Wegs fortzukommen sein. Der Sitz des Postboten kam hierauf nach U.

Dies lag in den Akten des Oberamts über den Weg. Es kam dies aber erst allmählich im Lauf der Verhandlungen zu Tage. Zunächst hatte die Domänenverwaltung ihre Klage nur auf den Eintrag in den Primärkatastern und den damit gleichlautenden Eintrag ihres Amtsgrundbuchs gestützt. Der Weg sei auf Markung U. theilweise nur 1,7 m breit und der Gemeinderath U. habe bezeugt, „daß der im Eigenthum der Anstößer befindliche Weg nur als Güterweg und nur bei ganz trockener Witterung auch als theilweiser Verbindungsweg mit Fuhrwerken benützt werde. Er sei so schmal, daß 2 Fuhrwerke einander nicht ausweichen können, und war früher so schlecht, daß er nur bei ganz trockener Witterung befahren werden konnte, bis ihn die Gemeinde U. vor 5 Jahren verbessern ließ, jedoch ohne ihn in Unterhaltung zu nehmen, weil er ein bloßer Güterweg ist." Die Eigenschaft des Wegs als bloßen Güterwegs habe O. bei Einführung der Landpost selbst anerkannt. Bei dem Vorhandensein einer guten Landstraße sei der Weg kein Bedürfniß und aus der zeitweiligen Zulassung der Benützung des Wegs bei trockener Witterung sei der Gemeinde O. so wenig ein Recht, auf den Weg als dadurch entstanden, daß O. den Weg auf seiner Markung besser hergestellt habe. Da O. den Weg auf Markung S. durch schonungslose Benützung bei schlechtem Wetter ruinire, so könne die Domänenverwaltung seine Benützung fernerhin nur noch Fußgängern nicht aber Fuhrwerken gestatten und sie bitte zu entscheiden, daß O. kein Recht

habe, den Weg als öffentlichen Verbindungsweg mit Fuhrwerken zu benützen.

Dagegen behauptete O.: Aus der Benennung des Wegs als O.er Staig und als Güterweg folge seiner fortwährenden Benützung als Fahrweg gegenüber nichts. Die Gemeinde habe deßhalb keinen Grund gehabt, letztere Benennung im Primärkataster zu beanstanden, und ebensowenig ändere sich dies durch die Erklärung von U. über die schlechte Beschaffenheit des Wegs wie die gleiche Erklärung von O. in der Landpostbotensache. All' das stehe der Erwerbung des Rechts auf den Weg als Verbindungsweg nicht im Wege. Zehn Zeugen werden bestätigen, daß der Weg zu jeder Zeit und von Jedermann benützt wurde, und daß sie auch von älteren Leuten nie gehört haben, daß es anders war. Ueberdies befinde sich an dem Weg ein Wegweiser, und werde derselbe auch für die Verbringung der Leichen von S. nach O. benützt, wohin sie eingepfarrt seien. Früher wurden auch die Zehentgarben auf demselben gefahren.

Die Domänenverwaltung behauptete replicando, daß der Domänenpächter wiederholt bei dem Schultheißenamt wegen Benützung des Wegs von O. geklagt habe, worauf die Benützung allemal eine Zeit lang aufgehört habe. Bei der Beschaffenheit des Wegs und seiner Fortsetzung auf Markung U. werde durch Zeugen schwer zu beweisen sein, daß der Weg in der Meinung der Ausübung eines Rechts benützt wurde; die Einwohner von O. seien betheiligt, und Gegenbeweise werde sich vorbehalten. Der Wegweiser beweise nichts, da der Weg als Fußweg nach O. benützt werde; ein solcher Wegweiser befinde sich auch auf einem andern Theil der Markung S. an entschiedenen Güterwegen. Auch die Benützung des Wegs von S. zu Leichenbegängnissen gebe O. kein Recht, denselben als Nachbarschaftsweg für sich in Anspruch zu nehmen. Im Jahr 1847 habe die Domänenverwaltung den Weg in Rasen umgewandelt und mit Bäumen bepflanzt, ohne daß O. eine Einwendung erhoben habe.

Nachdem die Gemeinde sich auf Früheres bezogen hatte, erkannte das Oberamt unterm 7. Mai 1875, daß die Gemeinde O. kein Recht habe, den Weg als öffentlichen Verbindungsweg mit Fuhrwerken zu benützen. Staig, sagt das Oberamt in den Entscheidungsgründen, bedeutet Fußweg. Der Eintrag in den Primärkatastern von O., U. und S. bezeichnet den Weg als Güterweg, derselbe ist nicht vicinalmäßig angelegt und steht nicht unter der Aufsicht des Oberamts. Daß die Domänenverwaltung oder ihre Besitzvorfahrer den Wegweiser setzen ließen, sei nicht nachgewiesen, und Wegweiser finden sich auch an Fußwegen. Aus der Benützung für Leichen folge nichts, da S. Eigenthümer des Wegs sei und Leichen gewöhnlich getragen werden. Ebensowenig beweise das Fahren von Zehentgarben, es sei dies ein vorübergehender landwirthschaftlicher Zweck, der längst aufgehört habe. Eine ordentliche Vicinalstraße führe über U. Uebrigens bleibe der Gemeinde O. überlassen, ihr vermeintliches Recht als privatrechtliche Servitut vor dem Civilrichter durch die angebotenen Beweismittel nachzuweisen.

In der rite eingereichten Rekursschrift an die Kreisregierung wurde geltend gemacht, daß der Eintrag im Primärkataster Mangels eingehender Verhandlung über den Weg nichts gegen die Gemeinde beweise. Staig bedeute nicht Fußweg, sondern Weg im weitesten Sinn, wofür sich neben Adlung auf Psalm 25 Vers 4 und Esaias 42 Vers 16 in der Luther'schen Bibelübersetzung berufen wird. Da der Umstand, daß der Weg als Güterweg bezeichnet und auf der Markung U. im Privateigenthum sei, seine Benützung als öffentlicher Fußweg nicht hindere, so müsse das Gleiche auch für den Nachbarschaftsweg gelten. Auch die Beschaffenheit des Wegs schließe den Nachbarschaftsweg nicht aus, da künstliche Anlagen nur bei absoluter Nothwendigkeit gefordert werden, die bei der ebenen Lage des Wegs nicht vorhanden sei. Im Jahr 1864 habe nicht der Pfarrer und Gemeinderath von O., sondern der Pfarrer

und mehrere Einwohner von O. eine Erklärung über den Weg aber nicht der Domänenverwaltung gegenüber gegeben, die durch die gegentheilige Erklärung der Gemeinde U. aufgewogen werde. Für das Recht der Gemeinde spreche die Bezeichnung des Wegs als Staig. Daß dies die Bezeichnung für einen öffentlichen Weg sei, gehe aus Nr. 33 des „Daheim“ von 1875 hervor, wo der Thüringer Rennstieg als Grenzweg zwischen Nord- und Süd-Thüringen bezeichnet werde. Weiter spreche hierfür die Benützung des Wegs für das Fahren von Leichen. Außer der herrschaftlichen Domäne seien noch 2 Höfe auf der Markung S. und die Besitzer dieser Höfe seien nicht Eigenthümer des Wegs, getragen habe man die Leichen nicht, sondern gefahren. Daß man statt des kürzeren Wegs den über U. gemacht habe, sei nicht wahrscheinlich, für das häufige Befahren des Wegs werden aber außer den 10 Zeugen von O. noch 22 Zeugen aus verschiedenen Orten benannt. Der Wegweiser hatte 2 Arme, der eine wies nach U., der andere nach O. Früher stand auch noch auf Markung U. ein Wegweiser an diesem Weg. Die Hofbesitzer in S., die nicht Eigenthümer des Wegs sind, werden bezeugen, daß sie den Weg benützen und namentlich der Wirth von R. seinen Wein von der Weinhandlung eines derselben auf diesem Weg abführte.

Die Vernehmlassung der Domänenverwaltung erklärt, der Gemeinderath in O. habe die Einträge des Primärkatasters von O. und S. anerkannt; Steig sei Fußpfad, neuere Sprachforscher verstehen darunter einen schmalen steilen Weg. Der thüringer Rennsteig sei ein Reit-, kein Fahrweg gewesen. Auf der Markung S. seien noch mehr solcher Steige, die alle Fuß- oder Feldwege seien. So lange der südliche Theil der Markung S. noch zu O. gehörte, haben einzelne Güterbesitzer von O. den Weg mitbenützt. 1813/4 habe die Besitzvorfahrerin der Domänenverwaltung diese Güterstücke gekauft, und für ihre Güter das Markungsrecht erlangt, und von da an haben Güter-

besitzer von O. den Weg nicht mehr gebraucht, und derselbe sei dann nur noch zur Abfuhr von Zehentgarben von Gütern benützt worden, die früher auf der Markung von O. lagen, während sie jetzt der Markung von N. einverleibt seien. Mit dem Aufhören des Zehentens hörte diese Benützung auf. Andere Fuhren, namentlich Gipsfuhren, waren früher sehr selten.

Neuerdings nahmen sie durch vermehrten Kleebau zu. Nachdem in letzter Zeit O. den Weg auf seiner Markung verbessert hatte, benützten auch schwerere Fuhrwerke den Weg. Da hiermit die Absicht zu Tage trat, aus einem bloßen Güterweg einen Nachbarschaftsweg zu machen, um eine kürzere Verbindung mit der künftigen Eisenbahnstation N. zu erhalten, so muß die Domänenverwaltung dem entgegentreten. Der unbedeutende Umweg über U. und die kleinen Stiche desselben werden durch die gute Chaussirung der Vicinalstraße aufgewogen. Auch auf der Markung S. war der Weg bis zum Jahr 1847 schmaler, und sein früherer Unterhaltungszustand hat seine Benützung als Vicinalstraße ausgeschlossen. Die Oberamtsbeschreibung führt den Weg nicht unter den Nachbarschaftsstraßen von O. auf (was richtig ist). Die Erklärung von O. in der Landpostbotenfrage bezeichne das Oberamt in seinem Bericht über dieselbe ausdrücklich als Erklärung des Pfarrers und Gemeinderaths (was richtig ist). S. habe nie eine Gemeinschaft mit O. gehabt, sondern sei stets ein geschlossenes Hofgut in adeligen Händen gewesen. S. hatte einen eigenen Kirchhof, der noch im Jahr 1850 benützt wurde. Die Leichen wurden auch über U. gefahren. Der Wirth von N. habe allerdings seinen unbedeutenden Weinbedarf von 5—6 Imi auf einem leichten Wagen über diesen Weg abgeführt.

Unterm 13. August 1875 bestätigte die Kreisregierung das Erkenntniß des Oberamts. Der Weg, sagt sie, ist in den Karten von O. und U. nicht vermarkt, und in der topographischen Karte mit einfacher Linie eingetragen, so-

dann wird auf die Einträge in den Primärkatastern die Aeußerung von O. in der Landpostbotenangelegenheit und den Zustand des Wegs Bezug genommen. Die Benützung für Leichen und Zehentgarben konnte O. kein Recht geben. Eine Vernehmung der Zeugen konnte umgangen werden, da sie nicht dafür benannt sind, daß der Weg seines mangelhaften Zustands ungeachtet regelmäßig und zu jeder Zeit unabhängig von der Witterung befahren wurde. Der Weg ist in den Primärkatastern von U. und O. als Güterweg eingetragen, die Bezeichnung O . . er Staig weist auf einen Fußweg hin. Wegweiser finden sich auch an Güter- und Fußwegen, zwischen S. und O. besteht ein Nachbarschaftsweg über U.

Die Beschwerdeschrift der Gemeinde O. berief sich hinsichtlich des Zustands und der Vermarkung des Wegs, die auf der Markung O. und S. vorhanden ist, auf Augenschein. Die benannten Zeugen werden bestätigen, daß der Weg zu jeder Zeit und bei jeder Witterung befahren wurde. Derselbe sei nicht schlechter, als die Vicinalwege häufig sind. Der vor 1847 auf der Markung S. bestandene Weg habe einen Steinkörper gehabt.

Die am 15. Okt. 1875 bei dem Ministerium des Innern eingekommene Vernehmlassung widersprach Letzteres sowie den mangelhaften Zustand der Vicinalstraßen.

Ohne daß die Domänenverwaltung, die sich für den Fall der Zeugenvernehmung Gegenbeweis vorbehalten hatte, vorher zur Anzeige ihrer Beweismittel aufgefordert worden wäre, fand am 16.—18. November 1876 die Vernehmung der von O. benannten Zeugen statt, was die Folge hatte, daß die Domänenverwaltung unterm 1. Dezember 1876, 16 weitere Zeugen benannte, deren Vernehmung in Verbindung mit einer Beaugenscheinigung des Wegs unterem 23.—27. Juni 1877 vorgenommen wurde, worauf die Akten unterm 23. Oktober 1877 dem Verwaltungsgerichtshof unerledigt übergeben wurden.

Der Augenschein, zu dem neben den Parteien der

Staatsstraßenbauinspektor des Bezirks zugezogen wurde, ergab Folgendes:

Der streitige Weg ist in seiner ganzen Erstreckung ein beinahe ebener, direkt von O. nach S. führender Weg. Seine Breite beträgt beim Eingang in das Dorf O. 6,7 m und ist derselbe an dieser Stelle etwa 30 m lang mit Steinmauern (Randsteinen, Futtermauern) eingefaßt. Seine Breite beträgt 3,5—6,7 m im Durchschnitt mag sie 4,5 m betragen. Der Weg ist streckenweise mit ordentlichen Straßengräben und einem Baumsatz versehen und hat ein Steinbeschläg (streckenweise oder durchaus), d. h. einen aus Kalksteinschotter bestehenden Steinkörper, der an mehreren Stellen untersucht, durchschnittlich 7 cm (8. 7. 6. 6,7 cm) dick ist. Auf einer Strecke ist er bei einer Breite von 5,8 m auf beiden Seiten mit Hecken eingefaßt. Auf Markung O. ist der Weg durchaus versteint und macht derselbe den Eindruck eines öffentlichen Nachbarschaftswegs. Auf Markung U. ist der Weg mit Ausnahme einer 50 m langen in der Unterhaltung von O. stehenden Strecke nicht vermarkt. Die Breite des Wegs beträgt 3,8, 4,20 3 und 2,6 m. Auf kleinen Strecken hat der Weg Gräben auf beiden oder auf einer Seite. Der Weg hat einen Steinkörper, der an 2 untersuchten Stellen 11 und 15 cm dick gefunden wurde. Auf einigen Strecken sind Straßenbäume in einem Alter von ca. 40 Jahren. An zwei Stellen ist der Weg nur 2,2 und 2 m breit. Auf Markung S. hat der Weg eine Strecke mit 2,6 und 2,8 m Breite und einen Steinkörper, der an einer Stelle 10 cm dick gefunden wurde. Streckenweise hat er auch Straßenbäume. Von da geht der Weg bis zur Vicinalstraße von U. nach S. in eine 10 m breite auf beiden Seiten mit Gräben versehene Grasallee (?) über. An einzelnen Stellen sind Steine eingeworfen. An der Abzweigung des Wegs von der Straße von S. nach U. ist ein Wegweiser, dessen Arm gegen den streitigen Weg herausgerissen ist, der andere Arm hat die Aufschrift „nach U." Der streitige

Weg ist 2290 m, der Weg über U. 3290 m lang. Straßenbauinspektor N. gibt sein Gutachten dahin ab: Der streitige Weg ist nach seiner natürlichen Beschaffenheit und Lage nicht blos als gewöhnlicher Feld- und Güterweg, sondern als öffentlicher Verbindungsweg anzusehen. Er ist der kürzeste Weg zwischen O. und S., nahezu eben, der Weg über U. viel länger mit verschiedenen Gefällen und Steigungen zwischen beiläufig 4—6 und 8% (auf welche Länge?). Der Weg hat auf seinem größten Theil einen Steinkörper und ist deßhalb auf dieser Strecke zu jeder Zeit fahrbar.

Die Zeugenaussagen gingen, wie gewöhnlich, sehr auseinander. Daß der Weg von Anderen als den Güterbesitzern befahren wurde, und zwar schon seit längerer Zeit, bestätigten zwar 2 Zeugen von S., 12 Zeugen von O., 2 von P., 7. von E., 4 von R., 4 von M., und auch die von der Domänenverwaltung benannten Zeugen von U. gaben dies zu, dagegen gingen sowohl die von der Gemeinde O. als die von der Domänenverwaltung benannten Zeugen in ihren Aussagen sowohl über die Fuhrwerke, die den Weg benützen, ob leichte oder auch schwere, ob leere oder auch beladene, als über die Beschaffenheit des Wegs und seine beständige Fahrbarkeit (vgl. Ziff. 7 und 8 der Entscheidungsgründe) sehr auseinander.

Unterem 14. Nov. 1877 erkannte der Verwaltungs-Gerichtshof, daß die Erkenntnisse des Oberamts und der Kreisregierung, durch welche ausgesprochen wurde, daß die Gemeinde O. kein Recht hat, den sog. O..er Staig auf der Markung S. als öffentlichen Verbindungsweg zu benützen, unter Verurtheilung der Gemeinde O. in die Kosten des Streits zu bestätigen seien aus folgenden Gründen:

1) Für die unter den Parteien streitige Frage — ob der von S. in Abzweigung von der Straße nach U. direkt nach O. führende Weg, wie die Gemeinde O. beansprucht, als Nachbarschaftsweg, oder wie die Domänenverwaltung

geltend macht, als Feld- und Güterweg anzusehen ist — ist die Benennung des Wegs als „O..er Staig" bedeutungslos. Grund und Zeit der Entstehung dieses Namens sind unbekannt, und wohl auch kaum mehr zu ermitteln, und der Name für sich allein spricht mit Entschiedenheit weder für die Behauptung der Gemeinde O. noch für die der Domänenverwaltung. Ueberdies führt der Weg auf der Markung U. den Namen „Zacherweg", während er auf der Markung O. Hanggasse auch S..er Weg oder Weggasse heißt, ohne daß über Zeit, Sinn oder Grund dieser Bezeichnung sich den Akten etwas entnehmen ließe.

2) Ebensowenig läßt sich etwas Entscheidendes aus dem Umstande folgen, daß der Weg da, wo er von der Straße nach U. abzweigt, sowie an einer anderen Stelle einen Wegweiser hatte, von welchen der letztere ganz abgegangen ist, während bei dem ersteren gerade der Arm fehlt, der für diesen Weg bestimmt war. Es ist Thatsache, daß auch für bloße Fußwege da und dort Wegzeiger angebracht werden, wie dies gerade für die Markung S. auch von einer anderen Stelle bezeugt ist und seine Erklärung vielleicht darin findet, daß die Domäne S. bis in die neuere Zeit vielfach hohen Personen zum Aufenthalt gedient hat, während andererseits nirgends etwas von den Parteien geltend gemacht ist, das über die Entstehung der beiden Wegweiser, die Veranlassung und den Zweck ihrer Errichtung Nachweisung geben, und damit einen Rückschluß auf die Eigenschaft des Wegs in der einen oder der andern Richtung ermöglichen würde.

3) Auch der eingenommene Augenschein über die derzeitige Beschaffenheit des Wegs hat nicht vermocht, etwas Entscheidendes für die Lösung der streitigen Frage an die Hand zu geben. Der bei der Augenscheineinnahme zugezogene Straßenbauinspektor hat zwar sein Gutachten dahin abgegeben, daß der im Streit befangene Weg nach seiner natürlichen Beschaffenheit und Lage nicht bloß als

ein gewöhnlicher Feld- und Güterweg, sondern als ein öffentlicher Verbindungsweg zwischen O. und S. anzusehen sei. Er hat für diesen Ausspruch geltend gemacht, daß der streitige Weg der kürzeste, daß er ein nahezu ebener Weg sei und auf seinem weitaus größten Theil einen Steinkörper habe. Allein abgesehen davon, daß dieser Steinkörper nach Allem, was hierüber in den Akten liegt, seine Entstehung erst der neueren Zeit verdankt, und da, wo er auch jetzt noch fehlt, bei der lehmigen Beschaffenheit des Bodens im s. g. oberen Gäu mit Grund zu bezweifeln ist, daß auf diesen Strecken der Weg zu jeder Zeit zu befahren ist, kann denn doch dieser Ausspruch nur den Sinn haben, daß der Weg sich in einem solchem Zustand befinde, daß er nach Maßgabe dieses Zustands wohl für einen Nachbarschaftsweg gelten könne. Bei dem sehr verschiedenen Zustand, in dem die Nachbarschaftswege des Landes sich befinden, und der Natur der Sache nach befinden müssen, wird sich in diesem Sinn gegen die Richtigkeit dieses Ausspruches nicht viel einwenden lassen, und selbst die sehr ungleiche und an manchen Stellen einfach unzureichende Breite des Wegs könnte eine entscheidende Einwendung gegen die Richtigkeit dieses Ausspruchs nicht begründen. So jedoch aufgefaßt kann auch auf diesen Ausspruch kein Gewicht für die Entscheidung der streitigen Frage gelegt werden. Umgekehrt befinden sich erfahrungsgemäß gar manche Güterwege in einem besserem Zustand der Fahrbarkeit, als der vorliegende Weg, und gerade die Verschiedenartigkeit des Zustands, in dem sich Nachbarschafts- wie Güterwege im Lande befinden, läßt es gewagt erscheinen, aus diesem Zustand concludente Schlüsse auf die Eigenschaft eines Wegs zu ziehen.

4) Von erheblicherer Bedeutung ist dagegen, daß der im Streit befangene Weg übereinstimmend in die Primärkataster der 3 Markungen, über die der Weg sich hinzieht, nicht als Nachbarschafts- und Verbindungsweg zwischen O. und S., sondern als Feld- und Güterweg eingetragen und

demgemäß als solcher von der Vertretung dieser 3 Markungen und von der Recurentin sowohl für ihre eigene Markung O. als für die Markung S., welche damals der Gemeinde O. in gerichtlicher und polizeilicher Beziehung zugetheilt war, anerkannt worden ist. Muß der Recurrentin allerdings zugegeben werden, daß bei der Art und Weise, mit welcher bei der Besorgung des Geschäfts der Katastrirung hinsichtlich der Ermittlung solcher Verhältnisse verfahren wurde, den hierauf bezüglichen Einträgen in die Primärkataster kein Anspruch auf absolute Glaubwürdigkeit zukommt, so folgt doch hieraus nur, daß diese Einträge in dieser Richtung der genaueren Prüfung und Erörterung immerhin bedürfe. Hier fällt aber denn doch die Uebereinstimmung der Anerkennung dieser Einträge durch die Vertretung der sämmtlichen von dem Weg betroffenen Markungen, sowie der Umstand, daß der Weg auf der Markung U. sich nicht wie dies bei Nachbarschaftswegen gewöhnlich der Fall ist, in dem Eigenthum der Gemeinde, sondern in dem Eigenthum der von ihm berührten Güterbesitzer befindet, als ein bedeutendes Moment für die Richtigkeit dieser Einträge in das Gewicht. Unterstützt wird aber auch die Annahme der Richtigkeit des Eintrags durch die Art und Weise, wie die Eigenschaft des Wegs in anderen Fällen aufgefaßt und behandelt worden ist.

5) Kann in dieser Beziehung darauf nur untergeordnetes Gewicht gelegt werden, daß in der Oberamtsbeschreibung S. 254 unter den bei O. angeführten Vicinalstraßen der streitige Weg nicht erwähnt ist, und daß wie das Oberamt am Schluß seiner Entscheidungsgründe beurkundet hat, der im Streit befangene Weg nicht der regelmäßigen Visitation und Beaufsichtigung durch den Techniker des Oberamts unterlag, so verhält sich dies denn doch anders bei der von der Domänenverwaltung vor beiläufig 30 Jahren erfolgten Verlegung und Veränderung des Wegs, ohne daß eine Einsprache hiergegen von Seite der Gemeinde O. auch nur behauptet worden wäre, sowie

bei der Art und Weise, in welcher die Eigenschaft dieses Wegs bei der Einverleibung der Domäne S. in den Verband der Gemeinde U. angesehen und behandelt worden ist, die damals neben anderen Momenten ausdrücklich zur Erörterung kam. Die bürgerlichen Kollegien von O. haben damals der von der Domänenverwaltung aufgestellten Behauptung gegenüber, daß der eigentliche (Fahr)-Weg von S. nach O. über U. genommen werden müsse, und eine Stunde betrage, wogegen der nähere (Fuß)-Weg sich auf 5/8 Stunden belaufe, unterm 15. Oktober 1850 zunächst zwar nur erklärt, daß der Weg nur im Fall des schlechtesten Wetters zur Winterszeit von S. über U. nach O. führe, und der nähere nur 5/8 Stunden betragende Fußweg von O. nach S. den größten Theil des Jahrs ganz wohl zu begehen und nur zur schlimmsten Zeit ungangbar sei, und sie haben dabei nachträglich dem Wort „Fußweg" die Worte „nicht nur Fußweg, sondern auch Fahrweg" und dem Wort „zu begehen" die Worte „und zu befahren" beigeflickt. Sie haben aber bei der gepflogenen mündlichen Verhandlung vom 19. Oktober 1850 der von der Domänenverwaltung gegen sie geltend gemachten Behauptung, daß die Straße von S. nach O. über U. führe, und der jetzt streitige Weg nur für einen Fußweg, nicht für einen Fahrweg erklärt werden könne, nichts entgegengehalten und im Gegentheil den über U. führenden Weg in ihrer Erklärung vom 25. Oktober 1850 insofern als den maßgebenden Nachbarschaftsweg anerkannt, als sie nur geltend machten, daß der Unterschied von 1/4 Stunde (der Entfernung von U. nach O.) ein so geringfügiger Umstand sei, daß deßhalb eine Aenderung nicht begründet erscheine. Auch der Oberamtsgeometer hat zu dem bei diesen Akten befindlichen Situationsplan bei dem streitigen Weg bemerkt: „Feldweg mehr für Fußgehende als für Fahrende"; die Kommission für die Vereinigung des Gemeindeverbands aber hat in ihrem Erlasse vom 7. März 1851 hinsichtlich dieses Wegs ausdrücklich bemerkt, daß dieser Weg keine Nachbarschafts-

straße sei, sondern nur ein Feldweg, der nur für Fußgänger geeignet und nicht das ganze Jahr brauchbar sei.

6) Noch entschiedener hat der Pfarrer und Gemeinderath von O. aus Anlaß der Frage des Wohnsitzes des Postboten in einer Eingabe vom Februar 1864 erklärt, „daß der Güterweg von O. nach S. in einem großen Theil des Jahrs sehr schlecht und oft gar nicht gangbar ist, besonders für einen Wagen oder Karren, so daß der Landbote oft genöthigt sein wird, ganz auf der Fahrstraße zu bleiben". Das Oberamt hat dieses Vorbringen als gegründet anerkannt, und der Amtsbaumeister eine Schilderung des Wegs gegeben, die dessen regelmäßige Gangbarkeit (und darum handelte es sich allein) nur dadurch zu retten vermochte, daß sie den fußgehenden Boten theils auf die anstoßenden Wiesen, theils auf Nebenwege verwies, was allerdings zu einem bedenklichen Rückschluß auf den Zustand beständiger Fahrbarkeit des Wegs führte. Zwar hat der Vertreter der Rekurrentin gegen die Eingabe vom Februar 1864 geltend gemacht, daß, da am Schluß der Eingabe nur die einzelnen Namen der Unterzeichner unterschrieben, und nicht „der Gemeinderath" vor den Unterschriften beigefügt ist, diese Eingabe nicht als eine Erklärung des Gemeinderaths aufgefaßt werden könne. Allein das Oberamt hat in seinem Bericht vom 15. Febr. 1864, mit welchem es diese Eingabe der Postdirektion vorgelegt hat, dieselbe ausdrücklich als eine Eingabe des Pfarrers und Gemeinderaths von O. bezeichnet, wornach ihr offizieller Charakter einer Beanstandung mit Grund nicht unterliegen kann. Selbst aber, wenn man dieselbe nur als eine Eingabe der Mitglieder des Gemeinderaths auffassen wollte, läge in derselben immerhin ein gewichtiges schriftliches Zeugniß der offiziellen Personen von O. dafür, daß der im Streit befangene Weg ein Güterweg sei, und in Verbindung mit dem sub Ziff. 4 und 5 Ausgeführten kann es daher keinem Anstand unterliegen, durch diese Dokumente als erwiesen anzusehen, daß der streitige Weg

ein Güterweg und kein Nachbarschaftsweg ist. Wenn die Rekurrentinn sich hiergegen auf eine aus Anlaß der Landpostbotenfrage von dem Gemeinderath U. abgegebene gegentheilige Aeußerung berufen hat, so enthält die dem Bericht des Oberamts vom 19. Febr. 1864 beigelegte Aeußerung des Gemeinderaths von U. über den streitigen Weg nichts, dagegen behauptet allerdings ein Schreiben des damaligen Schultheißen N. von U. von demselben Tage, daß der fragliche Weg nicht so schlecht gangbar sei, da derselbe vielfach auf beiden Seiten Wasen habe, somit namentlich zur Sommerzeit vielfach angenehmer zu begehen sei, als die Landstraße. Wenn aber derselbe in diesem Schreiben weiter sagt, daß der Weg ein Verbindungsweg zwischen O. und S. sei und auf demselben seither die Leichen per Wagen transportirt werden mußten, so hat er, wie seine eidliche Vernehmung außer Zweifel setzt, hierunter kein rechtliches, sondern ein thatsächliches Verhältniß verstanden, wie es sich denn bei der Landpostbotenfrage nicht um einen fahrbaren Nachbarschaftsweg, sondern um einen gangbaren Fußweg handelte, auf dem auch ein Karren sollte befördert werden können.

7) Der Beweis der Eigenschaft dieses Wegs als eines Güterwegs kann auch durch das Ergebniß der Zeugenvernehmung nicht als erschüttert erachtet werden. Es kommt vor Allem in Betracht, daß, da es sich um ein öffentlich rechtliches Verhältniß handelt, nur die Erwerbung eines Rechts durch die sogenannte unvordenkliche Zeit möglich wäre. Derselben steht aber von vornenherein Alles das im Wege, was nach dem sub Ziff. 4, 5, 6, Ausgeführten den Akten zu entnehmen ist. Sodann kommt die Thatsache in Betracht, daß, soweit nicht besondere Verhältnisse, wie zur Zeit der Reife der Früchte obwalten, im Allgemeinen der Benützung von Güterwegen auch von Seite anderer, als der hiezu allein berechtigten Güterbesitzer in der Regel ein Hinderniß nicht in den Weg gelegt zu werden pflegt. Auf die einfache Thatsache des Befahrens

eines solchen Güterwegs ohne Einsprache von Seite des Berechtigten läßt sich daher die Erwerbung des Rechts auf einen Nachbarschaftsweg dann nicht gründen, wenn die Eigenschaft eines Güterwegs im Allgemeinen als erwiesen anzusehen ist, wie dies nach dem Ausgeführten in dem vorliegenden Fall zutrifft.

Daß nun der streitige Weg mit Fuhrwerk schon seit langer Zeit befahren wurde, ist von den Zeugen mehrfach bestätigt, dagegen gehen ihre Angaben über die Möglichkeit der Benützung des Wegs für schwere oder beladene Fuhrwerke für jede Jahreszeit oder bei jeder Witterung sehr auseinander. Während die beiden R. und L., J. F. L., G. F., M. B., J. u. G. A., J. W. von O.; H. W. und R. von E.; D. u. K. von R., den Weg für einen zu jeder Zeit und bei jeder Witterung fahrbaren erklären, L. u. A. sogar meinen, daß es ein Weg wie eine Chaussee oder Straße sei, sind von den von der Rekurrentin benannten Zeugen W. und L. von S. G. und R. von O.; D. von P.; J., H. und beide R. und B. von E.; K., W. und F. von M. nicht unbedingt beigetreten, während andere dieser Zeugen, wie D. von M.; W. und S. von R.; den Weg je nur einmal vor längerer Zeit benützt haben, wo es gerade gut war. Selbst H. von E. gibt an, daß der Weg manchmal gut, manchmal morastig war, und daß er einmal über U. gefahren sei, weil der Weg allzu morastig und allzu weich war, und K. von R. bemerkt: im Frühjahr, wenn es trocken war, war es gut zum Fahren, wenn nicht, hat man gesehen, wie man hinauskam (d. h. wohl vergleiche die Angaben des vormaligen Schultheißen R. von U. man ist von dem Weg aus auf die Felder und Wiesen gefahren). L. von S. meint der Weg sei nicht wie eine Chaussee gewesen, er war eben ein guter Feldweg, die schweren Fuhrwerke sind immer über U. und bei schlechtem Wetter haben auch andere Fuhrwerke den Weg über U. gemacht. Ebenso sagt G. von O., bei schlechtem Wetter ist es eben hart gegangen. J. F. R. von O. sagt:

Leer ist man hinunter, aber, wenn man eben schwer gehabt hat, hat man über U. fahren müssen. Gemeindepfleger R. von P. bemerkt: Gegenwärtig fährt man von hier nur dem besten Weg nach über U. und Gemeinderath D. von P., der mit leerem Wagen den Weg benützte, weil es gutes Wetter war, fuhr mit dem beladenen Wagen über H. zurück, und wäre den Weg natürlich nicht gefahren, wenn nicht das Wetter gut gewesen wäre. Schultheiß J. von E. behauptet: „Schön war der Weg nie besonders, man fuhr hie und da auch über H. wenn es so arg naß war. Es hatte dann viele Lachen auf dem Weg, namentlich im Mittelpunkt. Wenn man gar schwer geladen hat, und es ist naß, so fährt man über U. Man ist dazu gezwungen eigentlich. Einem Vicinalsträßchen hat er eigentlich nie gleich gesehen". J. G. H. von E.: „Der Weg von S. war ein bloßer Erdweg (Wasenweg). Hie und da hat er viel Morast gehabt, aber fahren hat man den Weg immer können". J. G. B. fuhr den Weg mit leerem Wagen, zurück über R. wenn es wüstes Wetter gewesen ist, ist es Einem zu wüst gewesen über den Wasen hinüber, dann ist man hie und da auch über U. gefahren. Ch. R.: „Der Weg ist manchmal schön gewesen, manchmal wüst". K. von M. fuhr den Weg mit dem leeren Wagen, zurück über R. Der Weg war so passabel, wenn's trocken gewesen ist, ist's gut gewesen, wenn's geregnet hat, ist's eben auch morastig gewesen. J. G. W.: der Weg ist soweit gut gewesen, wenn's trocken gewesen ist, hat man ihn können fahren, wenn's dreckig gewesen ist, ist er gewesen, wie dann die Wege eben sind. J. F. von M. gibt an: Ich habe mein Fuhrwerk immer schwer belastet gehabt, deßhalb habe ich den fraglichen Weg nicht können viel machen, weil es kein so strenges Sträßle gewesen ist. Im Sommer, wenn es gutes Wetter war, war es gut zu fahren. Ich bin den Weg meistens leer gefahren, manchmal auch belastet, aber nicht so arg.

8) Der Begriff der Fahrbarkeit eines Wegs ist nach

der Individualität des Urtheilenden, — und um ein Urtheil, nicht allein um eine sinnliche Wahrnehmung handelt es sich dabei — ein sehr verschiedener. Wer gewohnt ist, seine Zugthiere mit vernünftiger Menschlichkeit zu behandeln, und sich nicht der Thierquälerei schuldig zu machen, wird an einen stets fahrbaren Weg höhere Ansprüche machen, als derjenige, welcher gewohnt ist, die Schwierigkeit der sich darbietenden Hindernisse durch Mißhandlung seiner Zugthiere und Ueberanstrengung derselben zu überwinden. Je mehr aber die Beschaffenheit des Bodens im oberen Gäu für die innere Glaubwürdigkeit der zuletzt angeführten Zeugenaussagen zumal bei dem Umstand spricht, daß in früherer Zeit ein guter Theil des Wegs nicht beschottert war, um so mehr erscheint die Annahme als gerechtfertigt, daß die Art und Weise der Benützung des Wegs nicht die regelmäßige eines Nachbarschaftswegs für den Verkehr war, sondern die eines Wegs, den man wie der Zeuge J. G. K. von R. bemerkt, befahren hat, wenn man der Nähe nach nach O. hat ins Gips fahren wollen. Diese Annahme wird wesentlich bestärkt durch das, was die von der Rekursin benannten Zeugen über die Beschaffenheit des Wegs und seine Benützung ausgesagt haben. Hierbei ist zu bemerken, daß die Einwendungen, die rekurrentischer Seits gegen die Zeugen von U. deßhalb erhoben wurden, weil diese wegen der Unterhaltungspflicht eines Theils des auf ihre Markung fallenden Wegs bei dem Streit betheiligt seien, auf etwa gleicher Linie steht mit der Einwendung, welche von Seite der Rekursin gegen die von der Rekurrentin benannten Zeugen deßhalb erhoben worden ist, weil sie bei der fortdauernden ungehinderten Benützung des Wegs ein Interesse haben. Die Einwendung gegen den dermaligen Pächter B. aber erledigt sich damit, daß nach den von Seite der Rekurrentin nicht beanstandeten Bestimmungen seines Pachtvertrags sein Privatinteresse eher auf der Seite der Rekurrentin als der Pachtherrschaft zu suchen wäre, da falls der streitige

Weg für einen Nachbarschaftsweg zu erklären wäre, er einmal den Vortheil hätte, daß der Weg gemäß den Vorschriften der Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 in den Zustand fortwährender Brauchbarkeit versetzt werden müßte, was für seine Benutzung auch als Güterweg für ihn von Werth wäre, und dann, daß seine Herstellung und Unterhaltung von da an nicht auf seine Kosten, sondern auf Rechnung seiner Pachtherrschaft zu erfolgen hätte. An dem Streit selbst aber hat er sich als Partei nicht betheiligt, sondern schon in seinem Schreiben vom 11. August 1873 erklärt, daß er der Gutsherrschaft die etwa nöthigen weiteren Schritte überlasse. Der Umstand jedoch, daß er das Resultat seiner Wahrnehmungen und Erkundigungen der Domänenverwaltung berichtete, kann seiner Glaubwürdigkeit als Zeuge keinen Eintrag thun.

9) Wenn der Zeuge alt J. F. N. behauptet, daß man den streitigen Weg nie habe befahren können, und daß er nie ein Fuhrwerk darauf gesehen habe, so kann natürlich bei dem Umstand, daß von Seite der Rekursin selbst das Befahren des Wegs zugegeben ist, und die Zeugen dasselbe fast einstimmig bestätigen, hierauf ein Gewicht nicht gelegt werden. Durch das aber, was die Zeugen Oekonom B. in W. M. N., J. H. N. W. J. O. M. S. Gemeinderath W. F. W. A. S. S. B. J. W. J. G. N. von U. über die Art und Weise der Benützung des Wegs und seine Beschaffenheit übereinstimmend angeben, gewinnt das sub Ziff. 8 Ausgeführte nur seine weitere Bestätigung und stimmt damit auch die Aussage des Pächters B. von S. in den hierher erheblichen Momenten überein. Dem hierdurch geführten Beweis einer der Hauptsache nach bloß gelegentlichen oder aushilfsweisen Benützung des streitigen Wegs gegenüber ist es von keiner Bedeutung, daß einzelne der vernommenen Zeugen den Weg in dem Glauben benützt haben wollen, daß sie ein Recht dazu haben, oder Andere den Weg fortbenützten, weil Niemand dagegen Einsprache erhob. An der Eigenschaft des Wegs als eines

bloßen Güterwegs konnte weder diese Meinung noch diese gelegentliche Benützung des Wegs etwas ändern. Derselbe blieb nach wie vor ein bloßer Güterweg, wie er in den Primärkatastern von U. O. und S. übereinstimmend eingetragen und als solcher von den Vertretern der Gemeinde O. sowohl für ihre Markung als für die Markung von S. anerkannt worden ist.

10) Mußte hiernach der Anspruch der Gemeinde O. auf das Recht der Benützung des streitigen Wegs als eines Nachbarschaftswegs von O. nach S. für ungegründet erkannt werden, so ergab sich die Verurtheilung in die Kosten des Streits sowohl aus ihrer Sachfälligkeit, als aus dem Umstand, daß in ihrem eigenen Primärkataster der Weg als Güterweg eingetragen war. Es war hinsichtlich dieser Kosten auch eine Ausnahme für die Kosten der letzten Zeugenvernehmung deßhalb nicht begründet, weil die Domänenverwaltung in Ermangelung einer deßhalb erlassenen Aufforderung keine Veranlassung hatte, die von ihr benannten Zeugen früher zu bezeichnen, als sie dieselben angezeigt hat.

b) Wegbaustreit oder polizeiliche Verfügung?

Das Schultheißenamt D. hatte auf Grund eines Visitationsrecesses des Oberamts W. vom Jahr 1867 dem F. J. S. aufgegeben, bei einer Strecke der Vicinalstraße von K. nach W., die auf der Markung B. (Parzelle von D. liegt, mit Andern Kies zu laden. S. weigerte sich, weil die Unterhaltung des Wegs in der Gemeinde D. nur den Anstößern obliege, sein Gutsbesitz aber nicht an den Weg stoße. Das Schultheißenamt bestellte nun im Exekutionsweg einen Taglöhner und legte ihm unterm 29. Mai 1869 auf, den Taglohn von 48 kr. und 6 kr. Ganggebühr binnen 14 Tagen bei Exekutionsvermeidung zu bezahlen. S. beschwerte sich dagegen bei dem Oberamt, das aus dieser Beschwerdesache einen förmlichen umfassend verhandelten Administrativjustizprozeß zwischen S. und dem

Gemeinderath D. konstruirte, der übrigens mit der Verurtheilung des S. endigte. Da jedoch S. auch hiegegen Beschwerde erhob, so hob die Kreisregierung das Erkenntniß des Oberamts wegen mangelnder Passivlegitimation als nichtig auf. Hiergegen beschwerte sich der Gemeinderath D. jedoch nur in der Richtung, daß er bat, es möge die Entscheidung der Kreisregierung in Absicht auf die polizeiliche Zuständigkeit des Gemeinderaths aufgehoben und verfügt werden, daß die Kreisregierung den Beschluß des Oberamts vom 18. Sept. 1874 vom Gesichtspunkt einer provisorischen Maßregel zu erledigen und zu beurtheilen habe. Nachdem hierüber bei dem Ministerium verhandelt worden war, übergab es die Akten unerledigt dem Verwaltungsgerichtshof. Durch Beschluß vom 21. Nov. 1877 aber gab der Verwaltungsgerichtshof die Akten dem Ministerium des Innern zurück: „Der Gemeinderath hält seine Zuständigkeit, um deren Wahrung es ihm allein zu thun ist, insofern für gefährdet, als durch den Erlaß der Kreisregierung die vorangegangene Entscheidung des Oberamts nicht wenigstens in ihrer Eigenschaft als provisorische polizeiliche Maßregel nämlich in Ansehung der von dem Schultheißenamt D. unterm 7. und 29. Mai 1869 verfügten Theilnahme des S. an einer von dem Oberamt angeordneten Wegreparatur aufrecht erhalten wurde. Für die Annahme jedoch, daß jene Entscheidungen des Oberamts vom 18. Sept. 1874 und der Kreisregierung vom 2. April 1875 auf das, soweit es sich um die Anordnung provisorischer Maßregeln behufs Vornahme der im öffentlichen Interesse gebotenen Wegunterhaltungsarbeiten handelte, in der That und insbesondere auch nach der Bestimmung in Art. 10 Ziff. 20 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege nicht zu beanstandende Verfügungsrecht der Verwaltungsbehörden sich bezogen hätten, und daß dadurch der polizeilichen Zuständigkeit der Gemeindebehörde von D. zu nahe getreten worden wäre, enthalten die vorgelegten Akten durchaus keine Anhaltspunkte.

Da hiernach jene Beschwerde nicht als gegen die in die Cognition des Verwaltungsgerichtshofs fallenden Entscheidungen gerichtet erscheint, und somit als Beschwerde im Sinn des Art. 10 Ziff. 20 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege nicht anzusehen ist, so vermag der Verwaltungsgerichtshof diese Angelegenheit nicht als in seine Instanz erwachsen anzusehen.

c) Oeffentliche Fußweggerechtigkeit.

Ueber den Hofraum an dem Hause des privatisirenden Apothekers B. in E. steht mehreren Besitzern von Gütern an dem sog. Gänglesweg eine Wegegerechtigkeit als Dienstbarkeit zu. Die Gemeinde E. beanspruchte aber einen Jedem zum Gebrauch offen stehenden Fußweg über diesen Hof, was den B. veranlaßte, gegen die Gemeinde auf Freiheit seines Eigenthums von diesem öffentlichen Wegerecht zu klagen. Von dem Oberamt mit dieser Klage abgewiesen, erkannte auf erhobene Beschwerde unterm 13. Juli 1877 die Kreisregierung zu seinen Gunsten und der Verwaltungsgerichtshof bestätigte auf eingelegte Berufung unterm 13. Februar 1878 dieses Erkenntniß dahin, daß ein öffentlicher Fußweg, wie ein solcher auf dem Hofraum des Klägers zwischen den Gebäuden Nr. 475 und 477 des Orts E. als Uebergang zu dem sog. Gänglesweg daselbst von der Beklagten in Anspruch genommen worden ist, rechtlich nicht bestehe, und daß der Kläger demgemäß nicht verpflichtet sei, sein Grundeigenthum zu dem soeben gedachten Zweck von Seite des Publikums benützen zu lassen, aus folgenden Gründen:

1) Die Behauptung der Beklagten, daß die von ihr behauptete öffentliche Fußwegegerechtigkeit seit unvordenklicher Zeit besteht, ist als widerlegt zu erachten durch den Beweis, den Kläger dahin geführt hat, daß seine Besitzvorgängerin in Gemeinschaft mit mehreren weiteren Anstößern des sog. Gängleswegs durch ortsobrigkeitliche Resolution vom 31. Januar 1822 unter Bezugnahme auf

frühere Untergangsbescheide vom 12. April 1764 und 16. Mai 1783, worin der fragliche Wandel als eine den Eigenthümern der benachbarten Güter zustehende Zufahrtsgerechtigkeit bezeichnet war, zur Absperrung des sog. Gängleswegs ermächtigt wurde, daß der letztere sodann auf Grund dieser Ermächtigung eine Zeit lang behufs der Fernhaltung unberechtigter Personen wirklich abgesperrt war, und daß zum Mindesten während der Dauer dieser rechtmäßiger Weise bestandenen späterhin nur in Folge eines Gewaltaktes wieder beseitigten Absperrung besagter Weg auch in Ansehung des über den Hofraum des Klägers führenden Zugangs zu demselben in allgemeiner Benützung nicht gestanden sein kann.

2) Auch in dem weiteren von der Beklagten geltend gemachten Umstande, daß der sog. Gänglesweg in der aus Anlaß der Landesversammlung aufgenommenen Markungskarte von E. eingezeichnet ist, kann ein Beweis für die öffentliche Eigenschaft desselben schon deßhalb nicht gefunden werden, weil gerade an der Stelle, wo der fragliche Wandel über den Hofraum des Klägers führen soll, in der Karte ein Weg nicht eingezeichnet ist, vielmehr selbst jede Andeutung eines solchen fehlt.

Ebensowenig sind in den öffentlichen Büchern Einträge enthalten, nach welchen anzunehmen wäre, daß das Eigenthum an dem Hofraum des Klägers durch eine öffentliche Wegegerechtigkeit beschränkt ist. Zwar ist der in dem Primärkataster und dem Güterbuch enthaltenen Beschreibung der an den sog. Gängleswеg anstoßenden Gärten die Bezeichnung „unbest. Weg" beigesetzt, es kann jedoch aus dieser Bezeichnung, welche über dem bei der Beschreibung des klägerischen Hofraums fehlt, für die öffentliche Eigenschaft des Wegs aus dem Grunde nichts gefolgert werden, weil sich dieselbe ebenso auf die nur zu Gunsten der Anstößer des Wegs bestandene Servitut bezogen haben kann. Das Gebäudekataster und Servitutenbuch aber enthalten an denjenigen Stellen, wo solche von dem Hause und

Hofraum des B. handeln, von einer auf demselben haftenden öffentlichen Wegelast nichts, sondern deren Einträge beziehungsweise Allegate beschränken sich auf die Konstatirung der wie schon erwähnt, einzelnen Grundbesitzern zustehenden Servitut.

3) Anbelangend die Berufung der beklagten Gemeinde auf die außerordentliche Servitutenersitzung, mittelst welcher sie die fragliche Wegegerechtigkeit während der letzt verflossenen 30 Jahre erworben haben will, so kann dieser eine entscheidende Bedeutung schon deßhalb nicht beigelegt werden, weil das so eben gedachte zunächst nur für den Bereich des Privatrechts gesetzlich eingeführte Institut auf Verhältnisse des öffentlichen Rechts von der grundsätzlich verschiedenen Art des hier vorliegenden nicht ohne Weiteres anwendbar ist. Während die zivilrechtlichen Wegeservituten ihrer Bestimmung entsprechend, vermöge welcher einem Individuum, sei es einer bestimmten Person, sei es dem Eigenthümer eines bestimmten Grundstücks als solchem, die Benützung fremden Grundeigenthums für seine Verkehrsbedürfnisse ermöglicht werden soll, hinsichtlich ihrer Entstehung durchaus abhängig sind von dem Willen des so berechtigten Individuums, und nur eben auf dieser Grundlage von den Gesetzen die Möglichkeit statuirt wurde, durch die von Seite des Letzteren, sowie es im Einzelnen vorgeschrieben ist, erfolgende und längere Zeit fortgesetzte Benützung eines Wegs das Recht auf eine solche Benützung zur Existenz gelangen zu lassen, dienen die öffentlichen Wegegerechtigkeiten lediglich dem Gemeinwesen als solchem, und ist namentlich das dem Publikum hieran zustehende Benützungsrecht nur eine Folge dieses ihres öffentlichen Charakters. Weder läßt sich diese Benützung hiernach unter den Begriff des Quasibesitzes der Servituten bringen, welcher letztere eine Voraussetzung der Ersitzung derselben ist, noch können insbesondere in subjektiver Hinsicht die Erfordernisse der Verjährung auf die von Seite des Publikums erfolgende Ausübung der öffentlichen Wegegerech-

tigkeit ohne Zwang übertragen werden, es ist vielmehr anzunehmen, daß derartige Wegegerechtigkeiten eben nur auf demjenigen Weg und in derjenigen Weise entstehen können, wie überhaupt öffentliche Rechte begründet werden, und als ein solcher Entstehungsgrund kann für dieselben in Ermangelung einschlägiger gesetzlicher Bestimmungen die Ersitzung nicht anerkannt werden, wie denn namentlich ein diesfalls verbindlicher Gerichtsgebrauch nicht existirt.

Aus dem gleichen Grunde kann auch die mit der außerordentlichen Servitutenersitzung zusammenfallende zivilrechtliche Klagenverjährung auf derartige Verhältnisse keine Anwendung finden. Es kommt übrigens noch dazu, daß es in dem vorliegenden Falle jedenfalls an den Voraussetzungen der letzteren insofern fehlen würde, als dem Kläger während der ganzen Dauer der Verjährungsperiode bis in die neueste der Klagenverjährung vorangegangene Zeit von der beklagten Gemeinde, soviel bekannt geworden, niemals ein Anlaß gegeben wurde, ihr gegenüber sein Recht dasjenige auf Anerkennung der Freiheit seines Eigenthums geltend zu machen, was, wenn diesem seinem Rechte von Seite der Gemeinde hätte entgegengetreten werden wollen, um so mehr hätte geschehen müssen, als durch die schon erwähnte Resolution vom 31. Januar 1822 der Ortsmagistrat in entgegengesetztem Sinn sich ausgesprochen hatte und Kläger auch nach dem späteren Verhalten des Gemeinderaths annehmen konnte, daß von dieser Seite her sein Recht unbeanstandet sei. — (Vgl. auch Prozessualisches Lit. a. c.)

Art. 10 Ziff. 23. Weidestreitigkeiten.

Berechnung des Gemeindeeigenthums bei der Abstimmung über die Aufhebung einer Gemeindeweide. [1]

Der Stadt Schorndorf stand ursprünglich ein umfassendes Weiderecht auf den Wiesen der Gemeindemarkung

[1] Die Gründe der hier mitgetheilten Entscheidung sind auch in der während des Drucks dieser Mittheilungen ausgegebenen Nr. 6

zu, das sich im Lauf der Zeit auf die durch Verpachtung ausgeübte Winterschafweide von Martini bis 1. März beschränkte. Ein Auszug aus dem Weiderenovationsbuch von 1714 Bl. 129 enthält: „Der Stadt steht die Frühlings- und Späthlingswaidt auf denen Wiesen zu. Auf alle in Schorndorfer Zweng und Benn liegenden Wiesen hat der Magistrat nach bishero beobachteter Abhörung allewegen und noch im Frühjahr die freie Disposition solche mit Rindvieh, Rossen und Schafen übertreiben, oder daferne anderst kein Mangel der Waidt auf denen gemainen Wasen und Allmeindten erscheint, die Wiesen wegen des Uebertriebs verschonen und frei zu lassen, wie es die Zeit und Gelegenheit an die Hand gibt, und vor gut erkannt werden kann. — Wenn nun nach des Magistrats Gutbefinden die Frühlingswaidt auf denen Wiesen besucht werden solle, so hat der Schäfer den Uebertrieb länger nicht als bis Ambrositag darauf zu exerziren, der Kuhhirt aber bis Georgiitag länger oder weiter hinaus aber auch in keiner Weg. Im Spätjahr herentgegen fahrt der Hirth mit dem gehörnten Vieh gleich nach dem allgemeinen Oehmet auf alle Wiesen und bedient sich der Waidt darauf, da im Gegentheil der Schäfer mit denen Schafen ehender nicht, dann erst nach verflossenem Tag Galli darauf zu fahren Fug und Macht hat".

Nach einigen vergeblichen Versuchen des Rothgerbers Ziegler und Genossen die Frage der Aufhebung der Winterschafweide in Verhandlung zu bringen, setzten sie auf Grund des Art. 18 des Weidegesetzes einen von dem Gemeinderath Schorndorf unterm 26. März 1877 gefaßten Beschluß durch: „zwar von Amtswegen die Gemeindeschafweide, die einen Ertrag von jährlichen 1500 fl. gewährt, nicht aufzuheben, dagegen eine Abstimmung der Wiesenbesitzer vorzunehmen und zu diesem Zweck ein Verzeichniß derselben

---

der Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit S. 189—192 veröffentlicht worden.

und ihrer Grundstücke fertigen zu lassen", dagegen gab er einem von Ziegler und Genossen weiter gestellten Antrag, das Verzeichniß vor der Abstimmung durch Verhandlung mit den Betheiligten zu bereinigen und dann behufs etwaiger Einwendungen öffentlich aufzulegen, keine Folge.

Die Abstimmung ergab, daß von 602 Wiesenbesitzern 467 sich für die Aufhebung der Schafweide aussprachen. Dieselben besaßen aber nur 195 h 25 a 50 qm Weideareal, während die Gesammtweidefläche einschließlich von 49 h 95 a 43 qm Gemeindewiesen 313 h 88 a 72 qm beträgt, wovon zwei Drittheile 209 h 26 a ausmachen, so daß den Antragstellern für die Aufhebung der Gemeindeweide 14 h 50 qm zu den gesetzlich erforderlichen zwei Drittheilen des Weideareals fehlten. Der Gemeinderath beschloß deßhalb, die Schafweide wieder zu verpachten. Dagegen beschwerten sich Rothgerber Ziegler und Genossen bei der Regierung des Jaxtkreises. Sie verlangten, daß das Areal der Gemeinde bei der Feststellung der Gesammtweidefläche außer Berechnung zu bleiben habe, und behaupteten, daß, da nach Abzug dieser Fläche mehr als zwei Drittheile der Inhaber des belasteten Weideareals sich für die Aufhebung der Weide ausgesprochen haben, dieselbe als beschlossen anzusehen sei. Sie machten geltend: Fasse man die Weide als eine gemeinschaftliche auf, so sei sie eine auf stillschweigendem Vertrag beruhende Erwerbsgesellschaft, eine Vereinigung, deren Aufhebung jedem Theil unabhängig von dem andern zusteht, der Gemeinde durch einfachen Mehrheitsbeschluß nach Art. 19 den Privatbesitzern nach Art. 18 des Weidegesetzes. Betrachte man sie aber als Gemeindeweide, so sei das Recht der Gemeinde gegen die Privatbesitzer ein der Servitut ähnliches. Zweck des Gesetzes sei die Befreiung des Bodens von einer Kulturfessel, und diesem Zweck widerstreite es, dem Berechtigten eine Stimme bei der Aufhebung des Weiderechts einzuräumen. Deßhab spreche Art. 18 des Weidegesetzes nur von den Besitzern der gesammten der Gemeindeweide unterliegen-

den Fläche, die Güter der Gemeinde unterliegen dem Weiderecht nicht, da sie kraft Eigenthums- nicht kraft Weiderechts beweidet werden. Hiermit stimme auch der Art. 43 des Weidegesetzes überein, der vorschreibe, daß der Berechtigte nicht abstimme, und daß seine weidepflichtigen Grundstücke außer Berechnung bleiben. In Gemeinden, in den die Gemeinde ein Drittheil des Weidebodens besitze, wäre die Durchführung des Gesetzes der Willkür des Gemeinderaths anheimgestellt. Nachträglich fügten sie dem noch bei: Sie verlangen nicht die Aufhebung der Gemeindeschafweide. Die Gemeinde übe dieselbe auf dem der Gemeinde gehörigen Areal von 150—200 Morgen Gemeindeeigenthum aus. Sie verlangen nur die Einschränkung der Weide durch Befreiung der Privatgrundstücke von der Last und Beschränkung derselben auf das Gemeindeeigenthum. Wäre die Gemeindeweide Ein Ganzes, so hätte sie der Gemeinderath nur mit Zustimmung der übrigen Gutsbesitzer durch Veräußerung von Gemeindeeigenthum um einige hundert Morgen vermindern können. Die Aufhebung der Schafweide sei aber durch die landwirthschaftlichen Verhältnisse Schorndorfs geboten.

Die Kreisregierung wies den Antrag auf Aufhebung der Schafweide zurück. „Da das Grundeigenthum der Gemeinde auch der Beweidung unterliege, so sei der Gemeinderath stimmberechtigt und der Flächengehalt des Gemeindeeigenthums bei Berechnung der Weidefläche mitzuzählen, wie dies die Kommission der Kammer der Abgeordneten bei Art. 15 des Gesetzes bemerkt habe, ohne daß dem widersprochen worden sei. Aus Art. 43 folge nichts. Nach den Motiven und dem Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten zu Art. 18 sollte unzeitigem Andrängen auf Aufhebung der Weide durch die Bestimmungen des Art. 18 entgegengetreten werden, was für die Privatweiderechte nicht zutreffe. Die Einwendung gegen das Verfahren bei der Abstimmung sei ungegründet, und für die Abstimmung über eine Beschränkung der Gemeinde-

weide, von welcher aber der erste Antrag auf Aufhebung der Schafweide nichts enthalte, dieselbe Majorität erforderlich, wie für die Aufhebung".

Nach rite ausgeführter Berufung und Vernehmlassung, die nichts Neues boten, und statt gehabter mündlicher Verhandlung, bei der die allein erschienenen Berufungskläger nur priora wiederholten und auf Befragen erklärten, daß sie gegen das Abstimmungsverfahren das Resultat der Abstimmung in der Weise ändernde Einwendungen nicht geltend zu machen wissen, daß hiedurch auch unter Einrechnung des Gemeindeeigenthums die Majorität von zwei Drittheilen der Grundstücke für den Antrag auf Aufhebung der Schafweide sich ergeben würde, erkannte der Verwaltungsgerichtshof, daß die Berufungskläger mit ihrem Antrag auf Aufhebung der Winterschafweide aus folgenden Gründen abzuweisen seien.

1) Die Einwendungen der Berufungskläger gegen die Art und Weise des Verfahrens bei der Abstimmung sind ungegründet. Eine positive Vorschrift, daß die Liste der Güterbesitzer als Grundlage für die Abstimmung in der Weise hergestellt werde, in der sie es beansprucht haben, ist nicht gegeben, daß ein richtiges Ergebniß auch auf dem von dem Stadtschultheißenamt Schorndorf eingehaltenen Weg erzielt werden kann ist nicht zu bezweifeln, und materielle Unrichtigkeiten der Liste der Güterbesitzer, welche das Resultat der Abstimmung ändern würden, haben die Berufungskläger bei der mündlichen Verhandlung auf Befragen nirgends bezeichnet, vielmehr auf diesfällige weitere Einwendungen ausdrücklich verzichtet.

2) Indem die Berufungskläger für ihren Antrag auf Aufhebung der Winterschafwaide auf den Art. 18 des Weidegesetzes vom 26. März 1873 sich berufen, erkennen sie an, daß die Weide nicht als privatrechtliches Recht auf ihren Wiesen haftet, sondern, daß die letzteren kraft öffentlichen Rechts in Folge des Gemeinde- und Markungsverbands der Gemeindeweide unterworfen sind.

3) Wenn der Art. 43 des Weidegesetzes für die Ablösung der auf fremden Grundstücken lastenden privatrechtlichen Weiderechte festsetzt: „Der Weideberechtigte ist dabei (bei der Abstimmung der Pflichtigen) nicht stimmfähig, auch wenn er weidepflichtige Grundstücke besitzt; letztere werden bei der Abstimmung nicht gerechnet", so hat diese Bestimmung ihre juristische Grundlage in der rechtlichen Unmöglichkeit, daß dem Eigenthümer einer Sache ein abgesondertes Realrecht an der eigenen Sache zusteht, und dieses Recht demgemäß als besondere Last auf dieser Sache haftet. Wirthschaftlich aber wurzelt diese Bestimmung in dem gesonderten Interesse, das der Berechtigte als Privateigenthümer des Weiderechts dem Eigenthümer des pflichtigen Grundstücks gegenüber hat.

4) Anders ist das Rechtsverhältniß der Gemeinde den der Gemeindeweide unterworfenen Grundstücken gegenüber. Aus dem öffentlichen Recht hervorgehend kommen die privatrechtlichen Grundsätze des Eigenthums für das Rechtsverhältniß als solches überhaupt nicht in Betracht, und würde eine Bestimmung, wie die des Art. 43 des Weidegesetzes der rechtlichen Grundlage entbehren, während wirthschaftlich das gesonderte Interesse des Privatberechtigten, dem lediglich sein Nutzen und der Vortheil, den er aus seinem Recht zu ziehen vermag, als Richtschnur seines Handelns zu dienen hat, um so weniger maßgebend ist, als schon die Art und Weise der Bestellung der Organe der Gemeinde die letzteren darauf hinweist, die Interessen der Gesammtheit zur Richtschnur ihres Handelns zu nehmen.

5) Diese Verschiedenheit des Standpunkts und der rechtlichen wie wirthschaftlichen Grundlagen der Gemeindeweide gegenüber von dem privatrechtlichen Weiderechte ist sowohl bei den Verhandlungen über das Gesetz, als, was entscheidender ist, in den gesetzlichen Bestimmungen selbst mehrfach zum Ausdruck gekommen. Nicht nur ist (vgl. Art. 15 und 18 mit Art. 43 des Gesetzes) die vorgeschriebene

Majorität der Güterbesitzer dinglich und persönlich eine größere, wenn von denselben eine Aenderung oder die Aufhebung der Gemeindeweide in Anspruch genommen wird, sondern es ist auch in Art. 16 des Gesetzes bestimmt, daß ein abgelöstes privatrechtliches Weiderecht als Gemeindeweide fernerhin soll ausgeübt werden können, wenn entweder die Gemeinde die Ablösung auf ihre Kosten durchgeführt hat, oder die zur Ablösungsanmeldung erforderliche Majorität der ursprünglich Pflichtigen, welche kleiner ist, als die in Art. 15 und 18 des Gesetzes vorgeschriebene, dieses beschließt. Hierin liegt aber ein deutlicher Beweis dafür, daß das Gesetz wirthschaftlich die Gemeindeweide, als etwas Anderes ansieht, als das privatrechtliche Weiderecht. Gerade hinsichtlich der hier in Frage stehenden Aufhebung der Winterschafweide bemerken die Erläuterungen zum Entwurf eines Landeskulturgesetzes, aus dessen Vorschlägen das Weidegesetz hervorgegangen ist, S. XXXVIII. ausdrücklich: An sich ist nämlich eine vom Spätherbst bis zum Frühjahr stattfindende Weide von keinem Schaden für den Feldbau, wenn sie mit Schonung für die angebauten Felder ausgeübt wird. Andererseits ist es Thatsache, daß der durch die Abschaffung der Schafweide entstandene Düngerausfall mancher Orten nachtheilig auf die Landwirthschaft eingewirkt, und wie aus dem Vorhergehenden sich ergibt, zur Wiedereinführung der Winterschafweide geführt hat.

6) Steht das sub Ziff. 3, 4, 5 Ausgeführte einer analogen Anwendung der Bestimmung des Art. 43 des Weidegesetzes auf die Abstimmung bei der Aufhebung der Gemeindeweide entgegen, und beruht es auf einer nicht eingehenden Betrachtung des Gesetzes, wenn aus der Tendenz desselben, den freien Anbau gegenüber von der Weide zu befördern, ohne Weiteres Schlüsse auf die Vorschriften desselben gezogen werden wollen, so läßt sich ebensowenig aus dem Wortlaut des Art. 18 des Gesetzes etwas dafür folgen, daß bei der Abstimmung über den Antrag auf

Aufhebung der Schafweide die Gemeinde mit ihrem derselben unterliegenden Grundeigenthum außer Berechnung bleiben sollte. Wenn das Gesetz von den „Besitzern der gesammten der Gemeindeweide unterliegenden Fläche spricht, so unterliegt der Gemeindeweide, eben weil sie kein privatrechtliches Recht ist, auch das Gemeindeeigenthum, sobald sie sich, wie nicht bestritten ist, auf dasselbe gleichfalls erstreckt, und weidepflichtig im Sinn des Art. 43 des Gesetzes sind weder die Güter der Gemeinde, noch die der Privateigenthümer". Ein Ausschluß der Gemeindegüter bei der Berechnung der Fläche folgt daher hieraus ebensowenig, als ein Ausschluß der Gemeindevertretung bei der Abstimmung. Bei der Allgemeinheit aber, mit der Art. 18 des Gesetzes sowohl von den Besitzern als der Fläche spricht, und bei der gleichen Berechtigung der Gemeinde als Markungsgenossin und Besitzerin von Grundstücken mit den Privateigenthümern müßte man eine ausdrückliche unzweifelhafte Bestimmung für den Ausschluß der Gemeindegüter und ihrer Vertretung bei der Grundlage für die Abstimmung fordern, die nicht gegeben ist.

7) Ebensowenig haben die Berufungskläger nachgewiesen, daß eine Trennung des Gemeindeweiderechts nach der Seite begründet wäre, das dasselbe einerseits auf dem Privateigenthum, andererseits auf dem Gemeindeeigenthum bestehen würde. Eine solche Trennung ist der einzigen über die Gemeindeweide vorliegenden Urkunde — dem Auszug aus dem Weiderenovationsbuch von 1714 — nicht zu entnehmen, und wenn dem Magistrat nach demselben „die freie Disposition" zugesprochen ist, „solche" d. h. die in der Markung liegenden Wiesen „noch im Frühjahr mit Rindvieh, Rossen und Schafen zu übertreiben oder dafern anderst kein Mangel der Waidt auf denen gemeinen Wäsen und Allmeindten erscheint, wegen des Uebertriebs zu verschonen, und frei zu lassen", so folgt hieraus nichts für eine Trennung des Gemeindeweiderechts in der von den Berufungsklägern beanspruchten Weise, da

hierdurch nur dem Magistrat eine seinem Ermessen unterliegende Norm für die Ausübung der Frühjahrsweide gegeben ist. In Ermangelung der Zulässigkeit einer solchen Trennung durch den Bestand des Gemeindeweiderechts selbst müßte aber für die theilweise Aufhebung der Schafweide auf Privatgütern, wenn man dem Antrag diese Beschränkung unterstellen wollte, nach dem klaren Wortlaut des Art. 18 des Gesetzes dieselbe Majorität derselben Abstimmenden und derselben Fläche gefordert werden, wie für die nach den Akten in dem Antrag gelegene gänzliche Aufhebung.

Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876.

a) Bausache.

Der Schreiner K. von S. hatte in seinem Hof einen Schuppen eigenmächtig errichtet, dessen Beseitigung ihm von der Baupolizeibehörde auferlegt wurde. Die dagegen noch an den Geheimenrath erhobene, von diesem dem Verwaltungsgerichtshof zur Erledigung übergebene Beschwerde wurde am 16. Oktober 1877 abgewiesen, weil der Beschwerdeführer durch die von der Baupolizeibehörde innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffene Verfügung nicht in einem ihm zustehenden Recht verletzt war.

b) Incameration und Excameration eines Stifts. Bedeutung der standesherrlichen Deklarationen für die Ordnung der Rechtsverhältnisse.

In Folge der Mediatisirung der N.'schen Standesherrschaft war das seither in ihrer Verwaltung gestandene Stift in N., das im eilften Jahrhundert gegründet worden war, im Jahr 1810 von dem Staat incamerirt worden. Reklamationen der Stadt N. und einzelner Gemeinden der Standesherrschaft wurden wegen mangelnder Legitimation abgewiesen. Daneben erhob die für die Ausscheidung des altwürttembergischen Kirchenguts niedergesetzte Kommission Ansprüche an dasselbe als Landeskirchengut.

Aus Anlaß der Deklaration über die staatsrechtlichen Verhältnisse der Standesherrschaft wurde dagegen in einem Separatprotokoll Folgendes bestimmt:

I. 1) Hinsichtlich des gegenwärtig incamerirten Stifts N.

a) Die Excamerirung des Stifts zu N. und die Uebergabe der Verwaltung an die hiezu berechtigte Standesherrschaft nach Maßgabe der sogleich folgenden näheren Bestimmungen soll zwar jetzt schon bewirkt werden; würde jedoch in Gemäßheit des §. 77 der Verfassungsurkunde die abgesonderte Verwaltung des Kirchenguts eintreten, und die Einwerfung des Stifts in N. in solches bestimmt werden, so kann die Standesherrschaft das gegenwärtige Zugeständniß nicht als einen Rechtsgrund gegen diese Maßnehmung geltend machen.

b) Sollte bei der Zurückgabe der Stiftung sich ergeben, daß der Grundstock derselbe in Vergleichung mit dessen Bestand zur Zeit der Incamerirung durch Ablösung von Kapitalien oder in anderer Weise vermindert worden wäre, so wird die Ergänzung von Seite der königlichen Staatskasse erfolgen. Ueber die Fristen, innerhalb welcher sie bewirkt werden soll, wird ein billiges Uebereinkommen getroffen werden.

c) Die Ausscheidung selbst wird in der Art vollzogen, daß vor allen Dingen unter Rücksprache mit dem Standesherrn ein Statut für die Verwaltung der Stiftung endlich festgesetzt und sodann dem Standesherrn die Ausübung derselben durch einen von ihm zu ernennenden Stiftsverwalter, welcher seine Qualifikation gehörig nachzuweisen hat, überlassen wird.

d) Der Stiftsverwalter wird vorbehältlich einer bei Berathung des Statuts allenfalls zu treffenden anderweitigen Bestimmung unter die unmittelbare Aufsicht der königlichen Kreisregierung gestellt. Ueber die Ausübung dieser Aufsicht wird das Statut die näheren Bestimmungen festsetzen und dabei insbesondere auch auf die Regulirung

derjenigen nächsten Aufsichtsrechte Rücksicht nehmen, welche dem Standesherrn neben der Verwaltung über deren zweckmäßige durch den von ihm ernannten Stiftsverwalter überlassen werden können, wobei als Grundlage die bei andern Stiftungen eintretenden Befugnisse der gemeinschaftlichen Oberämter dienen werden.

Theils die Verhandlungen über das Statut, theils einzelne Akte der Finanzbehörden bei der Verwaltung des Stifts führten zu mehrfachen Differenzen zwischen der Standesherrschaft und den Ministerien des Innern und der Finanzen. Insbesondere gab der Ersteren die Forderung der Ministerien Anstoß, daß durch das Statut bestimmt werden soll, es seien die Ueberschüsse des Stifts an die Gesammtkirche Württembergs zu überlassen, deren Verwaltung befugt sei, von den Rechnungen jeder Zeit Einsicht zu nehmen, weßhalb die Kreisregierung diese Rechnungen der Finanzkammer zur Einsicht mitzutheilen habe. Außerdem protestirte die Standesherrschaft gegen Verfügungen, welche die Finanzbehörden wegen Veräußerungen einzelner Gebäude erließen. Aus Anlaß der letztgedachten Proteste erwiderte der Finanzminister dem Standesherrn unterm 27. November 1830, „daß nach seiner Ansicht die Finanzverwaltung nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht habe, über die Objekte des Stifts, so lange sie noch in ihrer Verwaltung stehen, alle diejenigen Verfügungen vorzukehren, welche durch wirthschaftliche Rücksichten geboten, oder sonst für zweckmäßig erkannt sind. Da die Finanzverwaltung jedenfalls verbunden ist, den vollen Werth des von ihrer Verwaltung übernommenen Vermögens seiner Zeit zurückzugeben, so ist aus solchen wirthschaftlichen Verfügungen der Verwaltung überall kein Schaden für das Stift denkbar". Hinsichtlich der Beanstandungen des Statuts aber erging, nachdem die Standesherrschaft gegen die Verfügungen der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 18. Februar und 18. Mai 1835 unterm 24.—28. September 1844 Beschwerde erhoben

hatten, unterm 1.—11. April 1846 folgendes Erkenntniß des königlichen Geheimenraths: Soviel

I. die Beschwerde der Rekurrentin gegen den §. 5 des derselben mitgetheilten Statutenentwurfs betreffe, wornach die für die Verwaltung der Stiftungen im Allgemeinen den örtlichen Stiftungsräthen in dem Verwaltungsedikt ertheilten Vorschriften auch der für die Leitung und nächste Beaufsichtigung der Verwaltung des Stifts in N. zu konstituirenden standesherrlichen Kollegialbehörde gelten sollen, so werde da nach dem Separatprotokolle zu der Deklaration Ziff. I. 1 lit d. der zu ernennende Stiftsverwalter vorbehältlich einer bei Berathung des Statuts allenfalls zu treffenden anderweiten Bestimmung unter die unmittelbare Aufsicht der königlichen Kreisregierung gestellt werden und zu Regulirung der nächsten Aufsichtsrechte der Standesherrschaft die bei andern Stiftungen eintretenden Befugnisse der gemeinschaftlichen Oberämter als Grundlage dienen sollen, erkannt: daß in Anwendung des §. 42 der fürstlich taxischen Vollzugsverordnung vom 12. Juni 1823, als auf welche in der Deklaration ausdrücklich Bezug genommen, die für das Stift zu bestellende Kollegialbehörde an die Stelle des gemeinschaftlichen Oberamts mit dessen Befugnissen zu treten habe, und der Kreisregierung unmittelbar unterzuordnen, daher die Fassung des §. 5 des Statutsentwurfs hiernach abzuändern sei, vorbehältlich des in der Staatsaufsicht begründeten Rechts der Regierung zu jeder Zeit, woferne es nach Befund der Umstände für nöthig erachtet werde, durch spezielle Kenntnißnahme sich der vorschriftsmäßigen Verwaltung zu versichern. Anbelangend sodann

II. die zweite Beschwerde, durch welche bezweckt wird, daß die Bestimmungen §. 1, 7, des Statutsentwurfs, nach welcher der Ueberschuß der Einkünfte des Stifts in N. der Gesammtkirche des Landes zu überlassen wäre, beseitigt werde, so komme in Erwägung, daß

1) nach dem Separatprotokoll die Excameration und

Uebergabe der Verwaltung des Stifts jetzt schon bewirkt werden soll, mithin diese Excameration und Uebergabe von weiteren Verhandlungen über die Verbindlichkeit der standesherrlichen Landestheile und namentlich des Stifts in N. an den Kosten der Gesammtkirche des Königreiches Theil zu nehmen, und von deren endlichem Erfolg nicht abhängig gemacht werden kann;

2) daß es sich hierbei in Gemäßheit des erwähnten Protokolls nicht von der Uebergabe der Verwaltung allein, sondern zugleich von der Excameration des Stifts handle, was nach richtiger Auslegung nur dahin verstanden werden kann, daß das Stift in allen Beziehungen in diejenigen Rechtsverhältnisse zurücktrete, in welchen es sich zu der der Incameration unmittelbar vorhergegangenen Zeit befunden habe;

3) daß gedachtes Stift nach den in den Akten liegenden Notizen die Bestimmung gehabt habe, neben Erfüllung bestimmter örtlicher Leistungen für allgemeine gottesdienstliche und milde Zwecke der Landeskirche der Standesherrschaft verwendet zu werden, somit die Excameration des Stifts die Folge habe, daß die Einkünfte desselben fortan zunächst der erwähnten Bestimmung zurückgegeben werden;

4) daß hiernach ein Anspruch der Landeskirche an die standesherrlichen Landestheile namentlich auf Theilnahme an den Kosten der Gesammtkirche zwar allerdings an sich rechtlich begründet sei, es jedoch zur Zeit, da weder der die betreffenden Gemeinden treffende Antheil an den Kosten der Gesammtkirche des Königreichs überhaupt noch insbesondere der Ueberschuß der Einkünfte des Stifts nach Erfüllung der stiftungsgemäßen Zwecke ihrem Betrag nach bekannt seien, nicht möglich sei, die Größe des dem Stift anzusinnenden Beitrags zu den Kosten der Gesammtkirche festzusetzen, mithin dermalen in dieser Beziehung nur vorläufige Maßregeln zur Sicherung der dereinstigen Realisirung des fraglichen Anspruchs als ausführbar erscheinen;

5) daß diesem Allem nach, wenn auch der Bitte von dem Verlangen, daß das Stift einen Theil seiner Einkünfte der Gesammtkirche des Landes überhaupt überlasse, abzustehen — ihrem ganzen Umfang nach und unbedingt nicht entsprochen werden könne, doch andererseits die in dem Statutsentwurf aufgenommene Bestimmung, daß sämmtliche Einkünfte des Stifts, welche nach Erfüllung rein örtlicher Stiftungszwecke übrig bleiben, für die Gesammtkirche in Anspruch genommen werden, nicht als rechtlich begründet erscheine, aus diesen Gründen werde erkannt, daß die diesfallsigen Bestimmungen des Statutsentwurfs wegzulassen seien, unter dem Vorbehalt, daß ein verhältnißmäßiger Beitrag dieses Stifts zu den Kosten der Gesammtkirche des Landes unter Rücksprache mit der Standesherrschaft von den oberaufsehenden Behörden alsdann festzusetzen sei, wenn die Größe und Nachhaltigkeit eines Ueberschusses ausgemittelt werden könne, bis zu welchem Zeitpunkt den Ministerien des Innern und der Finanzen überlassen bleibe, zu verfügen, daß die sich mittlerweile etwa ergebenden Ueberschüsse in der Stiftskasse anzusammeln seien.

III. Dagegen könne der dritten Beschwerde darüber, daß der ernannte Stiftsverwalter der Regierung zur Bestätigung anzuzeigen sei, keine Folge gegeben werden. Da die Standesherrschaft anerkenne, daß der Oberaufsichtsbehörde die Qualifikation des ernannten Stiftsverwalters nachzuweisen sei, so erscheine die Verpflichtung desselben durch die Kreisregierung den organischen Verhältnissen analog dem §. 124 des Verwaltungsediktes ganz angemessen, und enthalte solche zugleich die Bestätigung, wogegen, wenn es an der Qualifikation fehle, die Verpflichtung bis zur Berichtigung derselben nicht stattzufinden hätte.

IV. Betreffend endlich die Beschwerde darüber (§. 3 des Statutsentwurfs), daß die Aufsicht über die Verwaltung durch die standesherrliche Behörde ohne Kosten für

das Stift stattzufinden habe, so werde in Betracht, daß auf die frühere Einrichtung bei ganz veränderten Verhältnissen nicht zurückgegangen werden könne, und nach der allgemeinen Staatseinrichtung für die nächste Aufsicht auf Stiftungen keine Belohnung stattfinde, auch seit der Veränderung im Jahr 1810 für das Stift keine solche stattgefunden habe, und die standesherrliche Oberbehörde in Beziehung auf dieselbe sich in dem Verhältniß des gemeinschaftlichen Oberamts befinde, erkannt, daß nach Analogie des §. 142 des Verwaltungsedikts bloß der durch die Beaufsichtigung der Verwaltung des Stifts gebotene Aufwand, als wohin die Kosten unvermeidlicher Reisen, nicht aber auch Gehaltszulage an Beamte zu rechnen wären, aus Mitteln des Stifts zu bestreiten seien.

Durch diese Entscheidung über die streitigen Punkte schien nun die Bahn geebnet, um die Excameration des Stifts zu vollziehen, und da ein im Jahr 1823 durch einen besondern Kommissär ausgearbeiteter Plan der Ausscheidung des Stiftungsvermögens jetzt nicht mehr brauchbar war, so wurde ein neuer Kommissär hierfür aufgestellt, der seine Arbeit im Februar 1848 vollendete, und dabei einen jährlichen Ueberschuß der Einnahmen über die Ausgaben von 3349 fl. 40 kr. berechnet. Da jedoch die Ereignisse des Jahrs 1848 und insbesondere die Ablösungsgesetzgebung auf den Vermögensstand des Stifts bei dem Vorhandensein bedeutender Zehenten und Gefällrechte einen erheblichen Einfluß äußern mußte, so erging unterm 20.—31. Okt. 1848 an die Standesherrschaft die Aufforderung sich zu erklären, ob sie bei einem nun in Aussicht zu nehmenden Defizit von 1087 fl. gleichwohl auf dem Vollzug der Excameration beharre. Die hierauf unterm 14.—31. Mai 1850 abgegebene Erklärung ging dahin, daß sie den Vollzug der Excameration zur Zeit noch nicht weiter zu verfolgen beabsichtige.

In dieser Lage blieb die Sache bis zum Jahr 1873, in dem die Standesherrschaft den Antrag auf den Vollzug

der Excameration erneuerte. „Dieselbe werde“, sagte die Eingabe, „um so einfacher sich gestalten, als das Separatprotokoll zusage, daß eine Verminderung des Grundstocks durch Ablösung von Kapitalien oder auf andere Weise von der Staatskasse ergänzt werde, und der Finanzminister in einem Schreiben vom 27. Nov. 1830 erklärte, daß die Finanzverwaltung jedenfalls verbunden sei, den vollen Werth des von ihr in Verwaltung übernommenen Vermögens zurückzugeben. Je nach der Verwirklichung dieser Zusicherungen werde sich die Frage eines Defizits oder Ueberschusses des Stiftungsvermögens erledigen. Auch die Feststellung des Aufsichts- und Verwaltungsrechts durch das noch zu vereinbarende Statut werde nach der Entscheidung des Geheimenraths vom 1.—11. April 1846 keinen Weiterungen unterliegen. Sie bitte deßhalb um ungeschmälerte Zurückgabe des incamerirten Stifts in N. unter Zugrundlegung des Vermögenstands im Jahr 1810, beziehungsweise unter dessen Ergänzung“.

Nachdem das Finanzministerium die nöthigen approximativen Erhebungen über den Vermögensstand des Stifts hatte machen lassen und sich mit dem Ministerium des Innern in das Benehmen gesetzt hatte, erwiderten beide Ministerien unterm 25. Februar 1875 auf die Eingabe: Die in approximativer Weise auf Grund der Vorarbeiten des letzten Kommissärs gefertigten Berechnungen des Vermögensstands des Stifts ergeben einen Aktivstand von beiläufig 307 500 fl., auf dem Lasten im Betrag von jährlichen 22 805 fl. 55 kr. haften. Die Einsicht der nöthigen Belege der Rechnung stehe zu Dienst. Das Separatprotokoll sichere die Rückgabe des Stifts auf der Grundlage des Grundstocks von 1810 zu. Unter der Ergänzung des Grundstocks zu der das Separatprotokoll die Staatskasse verpflichte, könne nur das Aequivalent für Veränderungen des Grundstocks verstanden werden, welche die Verwaltung vorgenommen habe, nicht aber solche Veränderungen, welche Folge der Gesetzgebung oder des Zufalls

waren. Die Finanzverwaltung habe die Verwaltung des Stifts nicht mit Unrecht inne gehabt, und die Rückgabe der Verwaltung an die Standesherrschaft sei nur als besonderes Zugeständniß im Weg der Uebereinkunft beliebt worden. Das Stift stehe zu der Staatsfinanzverwaltung in einem ähnlichen Verhältniß, wie das Kirchengut. So wenig sie bei dem letzteren für einen Verlust durch Zufall oder die Ablösungsgesetze einzustehen habe, ebensowenig sei dies bei dem Stift der Fall, da diese Verluste das Stift auch in der Verwaltung der Standesherrschaft getroffen hätten. Das Gleiche treffe hinsichtlich der Zusicherung des Finanzministers vom 27. November 1830 zu. Die nach diesen Grundsätzen gefertigte Vermögensberechnung sei eine vorläufige, die wohl noch in einzelnen Punkten der Ergänzung und Berichtigung bedürfen möge, jedenfalls aber sei außer Zweifel, daß dieses Vermögen zur Bestreitung der Lasten nicht hinreicht. Es entsteht daher jetzt die Frage, wer das Defizit zu decken hat, eine Frage, die im Jahr 1825, wo das Vermögen Ueberschüsse ergab, nicht entstehen konnte. Darüber müßte vor der Excameration mit den Lastenberechtigten verhandelt werden. Ueberdies wirft sich die Frage auf, ob nach vollzogener Excameration eine Ablösung von Komplexlasten zulässig ist, da die Lasten auf besonderen Stiftungen nach dem Komplexlastengesetz nicht ablösbar sind. Es werde daher der Erklärung der Standesherrschaft über das Beharren auf der Forderung der Excameration entgegengesehen.

In ihrer Erklärung vom 31. Okt. 1875 beharrte die Standesherrschaft auf ihrem Antrag, dessen Erfüllung für sie ein Gebot der Pflicht sei. Die Zusage im Separatprotokoll, die Erklärung des Finanzministers vom 27. Nov. 1830 und die Entscheidung des Geheimenraths vom 1.—11. April 1846 II. 2 über den Rücktritt des Stifts in allen Beziehungen in die Rechtsverhältnisse vor der Incameration seien neben ihrem ursprünglichen Recht an sich von einer solchen Klarheit und Präzision, daß es keiner besonderen

Interpretationsmittel bedürfe, um zu begreifen, was unter ungeschmälerter in vollem Werth und Bestand zu vollziehender Excameration zu verstehen sei. Reiche der Ertrag des zu Restituirenden aus, so habe es dabei sein Bewenden, ergebe sich ein Defizit, so haben die nöthigen Beschränkungen einzutreten, sie sei zur Deckung desselben so wenig verpflichtet, als der Fiskus bis jetzt geneigt war, eine privatrechtliche Verpflichtung anzuerkennen. Uebrigens ergebe die Berechnung, daß, wenn der Fiskus das Stiftsvermögen in dem vorbezeichneten Sinn und namentlich auch die früher bezogenen Ueberschüsse herausgebe, die Einnahmen mit den Ausgaben balanciren werden. Die Entscheidung des Geheimenraths vom 1.—11. April 1846 spreche aber aus, daß die Excameration und Uebergabe der Verwaltung des Stifts alsbald zu bewirken sei, und nicht von dem Erfolg weiterer Verhandlungen abhängig gemacht werden dürfen, weßhalb sie erneuert um endliche Vornahme der Excameration bitte, und dem entgegentrete, daß es sich vor Allem um eine Vernehmung der betheiligten Körperschaften handle.

In ihrer Entscheidung vom 16. Februar 1876 beharrten die Ministerien des Innern und der Finanzen hinsichtlich der Verpflichtung des Staats darauf, daß an der Stelle der abgelösten Zehenten und Gefälle nur die Ablösungskapitalien gewährt werden. Die Herausgabe der Ueberschüsse, von welchen überdies die Zuschüsse der Staatsfinanzverwaltung seit der Verminderung des Stiftungsvermögens in Abzug käme, wird als im Separatprotokoll, das bloß das Vermögen nach dem Stand von 1810 zusage, nicht begründet abgelehnt und auch die Entscheidung des Geheimenraths ordne deren Ansammlung für die Landeskirche an. Ueberdies wäre jetzt wegen der durch den Vollzug der Excameration entstehenden Grundstockverminderung und der Beziehungen des Stiftungsvermögens zum Kirchengut ständische Zustimmung und Verhandlung mit dem Kirchenregiment, sowie den Lastenberechtigten erforder-

lich, vor Vereinigung aller Punkte aber eine Vorlage an die Stände nicht möglich. Schließlich wurde der Standesherrschaft, falls sie mit dieser Entschließung nicht übereinstimmen sollte, die Erhebung der Beschwerde an den Geheimenrath anheimgestellt.

Dieser Aufforderung gab die Standesherrschaft durch Einreichung einer Rekursschrift vom 25. April 1877 Folge.

„Obschon die Entscheidung des Geheimenraths die alsbaldige Bewirkung der Excameration und Uebergabe des Stifts ausspreche, werden derselben Weiterungen entgegengestellt“. Die Differenzen bestehen:

A. über den Umfang und Werth des zu retradirenden Stiftungsvermögens und über Herausgabe der sog. Ueberschüsse;

B. über das Verlangen der Ablieferung von Beiträgen des Stifts zu den Kosten der Gesammtkirche Württembergs;

C. über die Deckung des Defizits;

D. über anderweite an die Herausgabe des Stifts geknüpfte Bedingungen;

ad A. Der volle Werth, den das Separatprotokoll, die Erklärung des Finanzministers vom 27. Nov. 1830 und die Entscheidung des Geheimenraths vom 1.—11. April 1846 mit den Worten „daß das Stift in allen Beziehungen in diejenigen Rechtsverhältnisse zurücktrete, in welchen es sich in der der Incameration vorangegangenen Zeit befunden habe“, zusage, bestehe in dem gesammten im Jahr 1810 incamerirten, d. h. in die Verwaltung des Staats übernommenen Vermögens des Stifts, das soweit noch vorhanden, in Natur zurückzugeben, insoweit es in solcher Gestalt aus irgend welchem Grunde nicht mehr vorhanden ist, zu ergänzen sei, und wobei alle seither gehabten Ueberschüsse herauszugeben seien. Nach der Untersuchung von 1823 betrug das Einkommen des Stifts in den Jahren 1804—10 20495 fl. 20 kr., welche Rente

einem Geldkapital von 455 457 fl. 21 kr. entsprechen würde, nach ihrer Berechnung aber (welche die Naturaleinkünfte des Stifts zu jetzigen Durchschnittspreisen berechnet und den sich hieraus ergebenden Betrag kapitalisirt) auf 737 192 fl. 49 kr. Diese Summe würde in der Jetztzeit das Vermögen des Stifts ausmachen, an der die in Natura restituirten Gegenstände in Abzug zu kommen hätten. Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und speziellen Vorschriften müssen aber die jährlichen Ueberschüsse der Stiftungseinnahmen dem Fond zugeschlagen werden. Nach der Untersuchung von 1823 berechnet sich der jährliche Ueberschuß auf 4047 fl. 1 kr., und nach der zweiten Untersuchung von 1810—46 auf 3349 fl. 40 kr., wozu noch die Zinsen aus den eingetretenen Ablösungen kommen. Die Differenz zwischen der Berechnung der Standesherrschaft und der Staatsfinanzverwaltung beruhe auf der Gegenüberstellung des heutigen vollen Werths der ursprünglichen Stiftungsgefälle und der aus der Ablösung hervorgegangenen Kapitalien.

ad B. Dem Ansinnen von Beiträgen zu dem Landeskirchengut müsse entgegengetreten werden. Das Stift sei nur zur Stadt N. und einigen Gemeinden in Beziehung gestanden, kein Landeskirchengut früher gewesen, was die Stiftslagerbücher und Rechnungen, sowie ein Bericht des Kameralamts vom 18. Januar 1833 darthun, das letztere habe geäußert, daß aller Nachforschungen ungeachtet Ausgaben für eigentliche Landeszwecke sich nicht nachweisen lassen. Die Vergabung von Stipendien durch mehrere Linien der Standesherrschaft habe ihren Grund darin gehabt, daß sie Antheil an Stadt und Stift N. hatten.

ad C. Hinsichtlich des Defizits entstehe die Frage, ob die Lasten im Betrag von 22 805 fl. 35 kr. alle stiftungsgemäß seien? Nach der Entscheidung des Geheimenraths vom 1.—11. April 1846 sei auch hier der Zustand vor dem Jahr 1810 maßgebend und deßhalb nur die damals vorhandenen Lasten eine Rechtspflicht des Stifts, und diese

seien bedeutend niederer. Alle inzwischen zugewachsenen Lasten, die jene Normalhöhe übersteigen, namentlich Gehaltsaufbesserungen fallen nicht dem Stift, sondern der Staatskasse zur Last, und falls das Stift nur die von der Staatsfinanzverwaltung berechneten 307 500 fl. erhielte, müßte es seine Leistungen auf die Beiträge von 1810 reduziren, in welchem Fall es ohne Defizit bestehen könnte. Nachdem ihre Vorfahren so reichlich für das Stift gesorgt, könne die Standesherrschaft Angesichts der demselben widerfahrenen Privationen nicht weitere Verpflichtungen für dasselbe übernehmen, und sie habe keine Verbindlichkeit zur Deckung des Defizits. Dagegen stehe der Stiftungsverwaltung das Recht der Ermäßigung der Lasten zu.

ad D. Die übrigen Einwendungen seien weder durch die Rechts- noch durch die Sachlage geboten und stehen mit Punkt 1 der Entscheidung des Geheimenraths im Widerspruch, wornach die Herausgabe des Stifts nicht von weiteren Verhandlungen abhängig gemacht werden dürfe.

Gebeten wird, die Verfügungen der Ministerien des Innern und der Finanzen abzuändern, die Grundsätze für die Feststellung des vollen Werths des Stiftungsvermögens zu bestimmen, und die unverzügliche ungeschmälerte Rückgabe des Stifts zu verfügen.

Nachdem die betheiligten Ministerien sich über die Beschwerde geäußert hatten, und der Geheimerath unterm 25. August 1877 in den Besitz der vollständigen Akten gelangt war, gingen dieselben unterm 4. Oktober 1877 dem Verwaltungsgerichtshof als der nun zur Entscheidung zuständigen Stelle zu.

Derselbe erkannte unterm 23. Oktober 1877. Es sei:

1) die Beschwerde der Rekurrentin, soweit sie in der Bitte Ausdruck gefunden habe:

„die Grundsätze für die Festsetzung des vollen Werths des Stiftungsvermögens zu bestimmen"

in dieser allgemeinen Fassung als unstatthaft, weil

nicht in der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs liegend zurückzuweisen;

2) die Beschwerden derselben sub A. und D. der Rekurseingabe gerichtet auf
   a) Herausgabe des Stiftsvermögens in dem über das Erbieten der Staatsfinanzverwaltung hinaus weiter ergänzten Betrag des Grundstocks des Stifts in N.;
   b) Zurückerstattung der seit der Inkameration des Stifts entstandenen Ueberschüsse der Einnahmen des Stifts über die Ausgaben;
   c) auf unverzügliche Rückgabe des Stifts an die Rekurrentin

   als unbegründet abzuweisen;

3) der gestellte Antrag der Rekurrentin, insbesondere sub B. und C. der Rekursschrift,
   a) auf Streichung des Abzugs für Neubaukosten in der Berechnung des Grundstocksvermögens;
   b) auf einen Ausspruch über eine Beitragspflicht des Stifts N. zu dem Aufwand des allgemeinen Kirchenguts;
   c) auf eine Entscheidung über die Deckung des Defizits des Stifts und
   d) auf einen Ausspruch über das Recht der Stiftsverwaltung das Gleichgewicht der Einnahmen und Ausgaben des Stifts durch Reduktion der demselben obliegenden Leistungen herzustellen;

   zur weiteren Verhandlung und Bescheidung an die Ministerien des Innern und der Finanzen zu verweisen.

Gründe.

Die Rekurrentin hat am Schluß ihrer Beschwerdeeingabe die Bitte gestellt: „die Verfügungen der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 25. Februar 1875 und 16. Februar 1876 abzuändern, die Grundsätze für

die Feststellung des vollen Werths des Stiftsvermögens zu bestimmen, und die unverzügliche und ungeschmälerte Zurückgabe des Stifts an die Rekurrentin zu verfügen."

I. Diese Bitte geht, falls sie eine allgemeine Festsetzung der Grundsätze für die Bestimmung des vollen Werths des Stiftsvermögens im Auge haben sollte, über die früher dem Geheimenrath und jetzt dem Verwaltungsgerichtshof zustehenden Befugnisse hinaus. Schon nach dem §. 60 Ziff. 1 der Verfassung stand dem Geheimenrath eine Thätigkeit als entscheidende und verfügende Behörde nur bei Rekursen gegen Verfügungen der Ministerien im Sinn der Bekanntmachung des Geheimenraths vom 3. Mai 1837 zu, und in ähnlichem Sinn entscheidet der Verwaltungsgerichtshof nur über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn Jemand behauptet, daß die ergangene auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung rechtlich nicht begründet, und daß er hierdurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt, oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs setzt daher neben der Behauptung einer Rechtsverletzung voraus, daß eine Verfügung von Seite der Verwaltungsbehörde in dem Umfang ergangen ist, auf den sich die erhobene Beschwerde erstreckt. Demgemäß vermag sich der Verwaltungsgerichtshof nur insoweit auf eine Würdigung der Beschwerde einzulassen, als eine Verfügung der Ministerien des Innern und der Finanzen ergangen ist.

II. Als einen Beschwerdepunkt in letztgedachtem Sinn bezeichnet die Rekurseingabe vor Allem den in der gedachten Eingabe sub A. angeführten Umfang und Werth des zurückzugebenden Vermögensgrundstocks des Stifts und die Ueberschüsse desselben. Die Beschwerde beansprucht, daß die Staatsfinanzverwaltung für verbunden erkannt werde, den Grundstock in dem von ihr berechneten Betrag von 737 192 fl. 49 kr. und außerdem die Ueberschüsse, welche

das Stift in den einzelnen Jahren seit der Incameration in seinen Einnahmen über die Ausgaben gehabt habe, zurückzugeben, während die Ministerien des Innern und der Finanzen nur für eine Verbindlichkeit zur Herausgabe eines Grundstücks von beiläufig 310 000 fl. entschieden und der Rekurrentin ein Recht auf die in den einzelnen Jahren der Verwaltung des Stifts durch den Staat entstandenen Ueberschüsse der Einnahmen über die Ausgaben aberkannt haben.

Es ist sich für diesen Anspruch auf die Zusagen berufen, die theils in dem Separatprotokoll zu der Deklaration über die staatsrechtlichen Verhältnisse des standesherrlichen Hauses theils in einem Schreiben des Finanzministers, Freiherrn v. Varnbüler, gemacht worden seien. Außerdem ist Punkt II. 2 der Entscheidung des Geheimenraths vom 1.—11. April 1846 endlich ihr ursprüngliches Recht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze geltend gemacht. Soweit dieses ursprüngliche Recht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze als Hilfsmittel für die Auslegung der Bestimmungen des Separatprotokolls geltend gemacht sind, kann dies formell nicht unstatthaft erscheinen, und die Frage nur die sein, ob die richtige Auslegung der Bestimmungen dieser Hilfsmittel für dieselbe bedarf; soweit aber darauf ein selbstständiger, von den Zusagen des Separatprotokolls unabhängiger Anspruch sollte gestützt werden wollen, ist daran zu erinnern, daß die Zusagen des Separatprotokolls, wie die Deklarationen auf einem zwischen der Regierung und den Bevollmächtigten des standesherrlichen Hauses abgeschlossenen Uebereinkommen beruhen, ein Rückgriff auf diese Momente daher vor Allem die erfolgreiche Anfechtung dieses Uebereinkommens fordern würde, das sie selbst als Grundlage ihres Anspruchs geltend macht.

III. Das Separatprotokoll bestimmt sub Ziff. 6. „Sollte bei der Zurückgabe der Stiftung sich ergeben, daß der Grundstock derselben in Vergleichung mit deren Bestand

zur Zeit der Incamerirung durch Ablösung von Kapitalien oder in anderer Weise vermindert worden wäre, so wird die Ergänzung von Seite der königlichen Staatskasse erfolgen." In dieser Bestimmung ist nach ihrem klaren Wortlaut das Grundstocksvermögen des Stifts nach dem Stand, den es im Jahr 1810 (der Zeit der Incamerirung) hatte, als einziges Objekt der Rückgabe bezeichnet. Von einer Rückgabe der Ueberschüsse, die während der Zeit der Incamerirung von der Staatskasse eingenommen wurden, ist in dem Protokoll nicht, sondern nur von der Rückgabe des Grundstocks und zwar nach dem Stand des Jahrs 1810 die Rede, woraus klar hervorgeht, daß eine Rückgabe von Ueberschüssen weder beansprucht, noch zugestanden werden wollte; daß die Verwaltung schon damals Ueberschüsse ergeben hat, geht aus der Untersuchung des Stiftungsvermögens vom Jahr 1823 hervor. Nach dem klaren Wortlaut des Separatprotokolls kann daher ein Anspruch auf diese Ueberschüsse auf die Zusage des Separatprotokolls nicht gestützt werden, und ist daher auch nicht begründet. Einer ergänzenden oder aufklärenden Erklärung bedürfen diese Worte des Separatprotokolls nicht. Daraus, daß es nur den Grundstock des Stifts nach seinem Bestand im Jahr 1810 als Objekt der Rückgabe bezeichnet, geht klar hervor, daß nur diese nicht aber die Ueberschüsse, die während der Verwaltung des Stifts durch den Staat gemacht wurden, den Gegenstand der Rückgabe bei der Excamerirung des Stifts zu bilden hatten, und der Standesherrschaft nur auf diesen ein Rechtsanspruch zusteht. Die Ministerien des Innern und der Finanzen haben daher diesen Anspruch mit Recht zurückgewiesen.

IV. Die Worte des Separatprotokolls aber „daß eine Verminderung des Grundstocks durch Ablösung von Kapitalien oder in anderer Weise" durch die Staatskasse ersetzt werde, begründen keine Verpflichtung der Staatskasse, jede beliebige Verminderung des Grundstocks, mag

sie wie immer enstanden sein, zu ersetzen. Es heißt in dem Separatprotokoll nicht, wie die Rekurseingabe unterstellt, in irgend welcher Weise, sondern nur „in anderer Weise" und es stehen die letzteren Worte in unmittelbarem Zusammenhang mit der Ablösung von Kapitalien und dadurch mit einer Thatsache, die nicht wie die Einsprache unterstellt, auf eine Verminderung des Grundstocks durch Zufall oder höhere Gewalt hinweist, sondern auf eine durch eine das Entgelt in sich schließende Handlung der Finanzverwaltung entstandene Verminderung. Aus dem aber, was mit den Worten „in anderer Weise" in unmittelbarem Zusammenhang steht, muß der Sinn dieser Worte erklärt werden. Auf der andern Seite ergibt sich aus diesen Worten, daß die Staatsfinanzverwaltung nicht schuldig ist, gerade die im Jahr 1810 vorhanden gewesenen, bei der Excameration aber nicht mehr vorhandenen Bestandtheile des Grundstocks herauszugeben. Hat hiernach die Staatsfinanzverwaltung für eine durch Zufall oder höhere Gewalt eingetretene Verminderung des Grundstocksvermögens nach den Worten des Separatprotokolls nicht zu haften, so hat sie auch für den Verlust nicht einzustehen, der das Stiftsvermögen durch die Gesetzgebung über die Ablösung der Zehenten und Gefälle des Stifts im Allgemeinen getroffen hat. Sie ist daher aus diesem Grunde nicht verpflichtet, für diesen Theil des Grundstocksvermögens mehr herauszugeben, als sie für denselben erhalten hat. Sie ist nicht schuldig, wie die Beschwerdeeingabe verlangt, für diese Zehenten und Gefälle den $22^1/_2$fachen Kapitalbetrag zu bezahlen, und noch viel weniger hat sie sich gefallen zu lassen, für den Naturalertrag dieser abgelösten Rechte die Preise der letzten Jahre zu gewähren. Ihre Verbindlichkeit ist nach dem klaren Wortlaut des Separatprotokolls, der keiner weiteren ergänzenden Erklärung bedarf, durch die Herausgabe der von ihr für diese Rechte empfangenen Ablösungskapitalien erfüllt. Hieran kann auch der Inhalt des Schreibens des Finanzministers,

Freiherrn von Varnbüler, vom 27. November 1830 nichts ändern. Abgesehen davon, daß demselben in keiner Weise zugestanden wäre, in rechtsverbindlicher Weise eine über die durch das Separatprotokoll begründete Verbindlichkeit hinausgehende Zusage zu machen, bezog sich auch die Zusage der Erstattung des vollen Werths des Stiftungsvermögens auf den ganz concreten Fall von Veränderungen, welche die Finanzverwaltung mit einzelnen Stiftsgebäuden für zweckmäßig erkannt hatte, sie bezog sich, wie das Separatprotokoll auf die Folgen, welche die Handlungen der Verwaltung für den Bestand des Grundstocks haben konnten, und schloß schon ihrem Wortlaut nach in keiner Weise eine Zusage in sich, für eine Verminderung des Grundstocks durch Zufall oder höhere Gewalt einzustehen.

In welcher Beziehung aber die Worte der Entscheidung des Geheimenraths vom 1.—11. April 1846, II. 2, „daß es sich hierbei in Gemäßheit des Separatprotokolls nicht von der Uebergabe der Verwaltung allein, sondern zugleich von der Excameration des Stifts handle, was nach richtiger Auslegung nicht anders, als dahin verstanden werden könne, daß das Stift in allen Beziehungen in diejenigen Rechtsverhältnisse zurücktrete, in welchen es sich zu der der Incameration unmittelbar vorhergehenden Zeit befunden habe“ zu der vorliegenden Frage stehen sollen, hätte denn doch näherer Nachweisung bedurft. Die Abtheilung II. der gedachten Entscheidung des K. Geheimenraths beschäftigt sich in keiner Weise mit der in Ziff. 6 des Separatprotokolls behandelten Frage der Verminderung des Grundstocks und seiner Ergänzung, sondern mit der in Ziff. a. des Separatprotokolls erörterten Frage des Verhältnisses des Stifts in N. zu dem Landeskirchengut. Die Gründe der Entscheidung des Geheimenraths konnten sich daher auch nur auf die Entscheidung der letzteren Frage beziehen, und beziehen sich nur auf diese. Sie beziehen sich nicht auf das Rechtsverhältniß des Stifts zu seinem zu excamerirenden Vermögen, sondern auf die

Rechtsverhältnisse desselben nach Außen, speziell zu der württ. Landeskirche. Die fraglichen Entscheidungsgründe haben daher für die Auslegung der Ziff. 6 des Separatprotokolls keine Bedeutung und klar ist, daß auch ihr wörtlicher Inhalt selbst wenn er, wie nicht, auf die vorliegende Frage bezogen werden könnte, mit keiner Silbe eine Verbindlichkeit der Staatsfinanzverwaltung aussprechen würde, für eine Verminderung des Grundstocks vom Jahr 1810 durch Zufall oder höhere Gewalt einzustehen.

Die diesem Theil der Beschwerde eventuell angereihte Beschwerde über den Abzug des Aufwands für Baukosten ist zunächst an die Ministerien des Innern und der Finanzen zur Entscheidung zu verweisen, da dieselben die Berechnung der Domänendirektion der Rekurrentin nur unter Vorbehalt ihrer Prüfung und der Erörterung einzelner Punkte mitgetheilt, soweit über die in dieser Instanz gegen die Abrechnung dieser Baukosten an dem Vermögen des Stifts erhobene Beschwerde noch nicht erkannt haben.

V. Mußte demgemäß die gegen die Verfügungen der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 25. Febr. 1875 und 16. Februar 1876 erhobene Beschwerde, soweit sie eine Verbindlichkeit der Staatsfinanzverwaltung beansprucht, dem Grundstock des Stifts eine über den Betrag der Kapitalien für die Ablösung der dem Stift zuständig gewesenen Zehenten und Gefälle hinausgehende Ergänzung zu geben, und die seit der Incameration des Stifts Seitens der Finanzverwaltung bezogenen Ueberschüsse der Einnahmen über die Ausgaben dem Stift zu ersetzen, als grundlos verworfen werden, so fragt sich, ob die Beschwerde sub B. der Eingabe über das Verlangen, von dem Stift Beiträge zu den Kosten der Gesammtkirche Württembergs abzugeben, derzeit ein praktisches Interesse hat? Wie aus der Entscheidung des Geheimenraths vom 1.—11. April 1846 II. 4 klar hervorgeht, kann dieses Recht nur

gegen Ueberschüsse wirksam werden, welche sich in den Einnahmen des Stifts über die Ausgaben für seine fundationsmäßigen Verpflichtungen ergeben. Solche Ueberschüsse sind aber bei der finanziellen Lage des Stifts, wie sie sich nach der Entscheidung über die Beschwerde A. der Rekurseingabe gestaltet, derzeit überhaupt nicht in Aussicht zu nehmen. Wie dem aber sein möge, so hätten über die gegen eine solche Verbindlichkeit erhobenen Einwendungen, die erst die Rekurseingabe vorbringt, nicht der Verwaltungsgerichtshof, sondern zunächst die Ministerien des Innern und der Finanzen zu befinden, da sie nicht Gegenstand der Entscheidung derselben gewesen sind, weßhalb dieser Theil der Beschwerdeeingabe, falls derselbe weiter verfolgt werden will, zunächst an die bezeichneten beiden Ministerien verwiesen wird.

VI. Der gleiche Bescheid ist begründet hinsichtlich des Theils der Beschwerde, welche sub C. über die Frage der Deckung des Defizits erhoben ist. Ein etwaiger Anspruch der Deckung des Defizits des Stiftungsvermögens steht, wenn er erhoben werden will oder kann, zunächst den Lastenberechtigten zu und von der Art und Weise seiner Begründung müßte es abhängen, ob die verwaltungsrichterliche Kompetenz zur Entscheidung über denselben überhaupt begründet wäre. Mit den Lastenberechtigten ist aber bis jetzt noch gar nicht verhandelt worden, es wäre deßhalb den Ministerien ein entscheidender Ausspruch über diese Frage noch gar nicht möglich gewesen. Es ist aber ein solcher auch nicht erfolgt, sondern in den beiden Schreiben nur auf diese Frage als eine eventuelle hingewiesen worden. Dasselbe trifft zu für die erstmals in der Rekursschrift an den Geheimenrath aufgeworfene Frage der Deckung des Defizits durch die Reduktion der dem Stift obliegenden Leistungen. Auch hierüber haben sich die beiden Ministerien noch nicht ausgesprochen, und ist daher auch dieses Vorbringen an dieselben zu verweisen. Wenn endlich

VII. sub D. der Beschwerdeschrift unter Beziehung auf Punkt 1 der Entscheidung des Geheimenraths vom 1.—11. April 1846 über die anderweiten Einwendungen der Ministerien eine Beschwerde dahin beabsichtigt sein sollte, daß den Ministerien die Vorbringung und Erörterung derselben untersagt und wie sie am Schluß ihrer Bitte sagen, wohl im Zusammenhang damit die unverzügliche und ungeschmälerte Zurückgabe des Stifts verfügt werden soll, so kann mit dem Punkt 1 der erwähnten Entscheidung wohl nur die Ziffer 1 Abtheilung II. dieser Entscheidung gemeint sein, welche unter Beziehung auf das Separatprotokoll Ziff. a. bemerkt, „daß die Excameration und Uebergabe der Verwaltung des Stifts jetzt schon bewirkt werden soll, mithin diese Uebergabe und Excameration von weiteren Verhandlungen über die Verbindlichkeit der standesherrlichen Landestheile und namentlich des Stifts in N. an den Kosten der Gesammtkirche des Königreichs Theil zu nehmen, und von deren endlichem Erfolg nicht abhängig gemacht werden können.“ Durch diese Entscheidung ist aber so wenig wie durch die Ziff. a. des Separatprotokolls ausgesprochen, daß der Standesherrschaft ein Recht zustehe, die Excameration und Uebergabe der Verwaltung des Stifts überhaupt und sofort und ohne Rücksicht auf die hierfür nöthigen Verhandlungen in Anspruch zu nehmen. Nach dem klaren Inhalt der Entscheidung wie des Separatprotokolls steht vielmehr das „jetzt schon“ in Beziehung zu den damals eingeleitet gewesenen Verhandlungen über die Ausscheidung des altwürttembergischen Kirchenguts und die Bildung eines allgemeinen Kirchenguts, durch deren Beendigung die Excameration und Uebergabe des Stifts in die Verwaltung der Standesherrschaft nicht aufgehalten werden sollte. Wie wenig das Separatprotokoll gemeint war, diesem „jetzt schon“ einen allgemeinen Sinn und eine allgemeine Bedeutung beizulegen, geht klar daraus hervor, daß das Separatprotokoll selbst in Ziff. c. auf die für die Ausscheidung des Stifts nothwendigen Verhand-

lungen und auf die Verhandlungen über die Festsetzung eines Statuts für die Verwaltung des Stifts hinweist. Ist daher ein Einspracherecht der Standesherrschaft gegen weitere Verhandlungen über die Excameration und Uebergabe des Stifts in ihre Verwaltung in der von ihr beanspruchten Allgemeinheit und damit der Anspruch derselben auf die unverzügliche Rückgabe des Stifts nicht begründet, und muß der Hauptsache nach dem Ermessen der dafür verantwortlichen Verwaltungsbehörden überlassen werden, welche Vorkehrungen und Maßnahmen sie für den Vollzug der Excameration des Stifts und die Uebergabe seiner Verwaltung nach den jetzt Ziel und Maß gebenden Verhältnissen für erforderlich halten, so war dieser Theil ihrer Beschwerde als grundlos abzuweisen.

c) **Bausache. Straße.**

Nach dem Ortsbaustatut von G. §. 28 Abs. 1 dürfen „Scheunen, Stallgebäude, Remisen, Waschhäuser und ähnliche unansehnliche Gebäude“ nicht an die Straßen und öffentlichen Plätze gestellt werden. Glaser M. wurde mit dem Gesuch der Erbauung eines einstockigen Magazinsgebäudes an der Radgasse im Hinblick auf diese Bestimmung und den §. 66 des Ortsbaustatuts durch alle Verwaltungsinstanzen abgewiesen. Der §. 66 bestimmt: Die Erbauung einstockiger, d. h. nur aus einem Erdgeschoß bestehender Gebäude an der Straßenlinie ist, soferne nicht besondere Ausnahmeverhältnisse obwalten, nicht gestattet. In der Rekursinstanz bei dem Verwaltungsgerichtshof machte er geltend, daß das schmale Radgäßchen keine Straße sei. Da jedoch das Ortsbaustatut von G. nur Straßen von geringerer und größerer Breite kennt, unter welche auch das Radgäßchen falle, konnte der Beschwerdeführer durch den abweisenden Bescheid nicht als in einem ihm zustehenden Recht verletzt erachtet werden, und wurde deßhalb unterm 29. Okt. 1877 die Beschwerde abgewiesen.

d) Bausache. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs.

Unterm 7. August 1877 ertheilte die Bauabtheilung des Gemeinderaths St. der königl. Staatsfinanzverwaltung die Erlaubniß, auf dem derselben gehörigen Grundeigenthum hinter dem neuen Justizgebäude als Hinterhaus ein größeres Gefängnißgebäude für die Gerichtsstellen auszuführen. Ehe der Gemeinderath diese Erlaubniß ertheilte, hatte das Ministerium des Innern die Staatsfinanzverwaltung durch Erlaß vom 10. Juli 1877 von der Vorschrift des §. 49 des Ortsbaustatuts dispensirt, nach welcher Hintergebände nur 12 m Höhe und nur 3 Stockwerke enthalten sollen, während das projektirte Gebäude auf 15 m Höhe und 4 Stockwerke angelegt ist. Mehrere der anstoßenden Gebäudebesitzer hatten Beschwerde bei dem Geheimenrath gegen diese Dispensation erhoben. Mit dieser Beschwerde wurden sie durch Bescheid vom 12. Sept. 1877 abgewiesen, weil sie durch die ertheilte Dispensation weder in einem Recht noch in erheblichen Interessen beeinträchtigt waren. Die von den Betheiligten gegen das Bauwesen erhobenen Beschwerden aber wurden von der Stadtdirektion unterm 26. Sept. 1877 von der Ministerialabtheilung für Hochbauwesen unterm 23. Okt. 1877 von dem Verwaltungsgerichtshof unterm 21. Nov. 1877 von letzterem aus folgenden Gründen abgewiesen:

1) Gemäß Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876 hätten die Beschwerdeführer nachzuweisen, daß die ergangene, auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Verfügung der Bauabtheilung des Gemeinderaths vom 7. Aug. 1877, welche die Stadtdirektion unterm 26. Sept., das Ministerium des Innern unterm 23. Okt. 1877 bestätigt hat, rechtlich nicht begründet ist, und daß sie hierdurch in einem ihnen zustehenden Recht verletzt sind.

2) In ihrer Beschwerdeschrift haben sie die vorangegangenen Bescheide in dieser Richtung nirgends angefochten. Sie haben lediglich geltend gemacht, „daß das

Bauprojekt nicht allein ihre Privatinteressen auf das Schwerste schädigt, sondern auch das öffentliche Interesse verletzt, sowohl durch die Mißachtung des Ortsbaustatuts, als auch durch die beabsichtigte Errichtung auf einem Platze von ungenügender Ausdehnung, wodurch Verhältnisse herbeigeführt werden, welche kaum bei einem bestehenden Gefängnisse für zulässig erachtet würden, bei einem Neubau aber den heutigen Forderungen der Hygieine keineswegs entspreche.

3) Soweit die Beschwerdeführer hiermit auf die Abweichungen von dem Ortsbaustatut und die hierfür von dem Ministerium des Innern unterm 10. Juli d. J. ertheilte Dispensation ihre Beschwerde stützen, ist dieselbe bereits durch Erkenntniß des K. Geheimenraths vom 12. Sept. d. J. endgiltig abgewiesen; soweit sie aber die von ihnen behauptete Verletzung ihrer Privat- und der öffentlichen Interessen geltend machen, kann in ihrer Behauptung nirgends die Nachweisung der Verletzung eines ihnen zustehenden Rechts oder die Behauptung gefunden werden, daß die vorangegangenen Verfügungen rechtlich nicht begründet seien. Nach der neuen Bauordnung Art. 1 steht jedem Eigenthümer eines Grundstücks das Recht zu, „auf demselben nach seinem Ermessen zu bauen, sofern er nicht durch Reichsgesetz oder durch die in der Bauordnung begründeten baupolizeilichen und nachbarrechtlichen Vorschriften beschränkt ist". Eine solche Vorschrift, welche den genehmigten Gefängnißbau rechtlich hindern könnte, haben die Beschwerdeführer nirgends bezeichnet, und nachbarliche Interessen, die sie geltend machen zu können glauben, sind keine nachbarlichen Rechte, während die Vertretung öffentlicher Interessen, deren Verletzung sie behaupten, nicht zu ihren Rechten gehört.

4) In dieselbe Kategorie fällt aber auch Alles das, was sie im Lauf der Verhandlungen in dieser Bausache geltend gemacht haben, worauf sie sich in ihrer Beschwerdeschrift noch besonders berufen. Entweder sind es Ein-

wendungen gegen die Dispensation von der Vorschrift des §. 49 des Ortsbaustatuts, die durch das Erkenntniß des Geheimenraths vom 12. Sept. 1877 endgiltig abgewiesen sind, oder Einwendungen, wie die des nicht genügenden Abstands des Gebäudes von ihrer Eigenthumsgrenze und der angeblich vorschriftswidrigen Umzäunung, die gegen den jetzt abgeänderten Bauplan nicht mehr zutreffen, oder Einwendungen wegen angeblich verletzter Interessen, von denen die Beschwerdeführer in ihrer Eingabe vom 6. Oktober d. J. selbst anerkennen, daß deren Wahrung nicht speziell Sache der Nachbarn, sondern der Baupolizeibehörde sei, während die behauptete Verletzung ihrer Privatinteressen nach der dem Verwaltungsgerichtshof durch den Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege angewiesenen Zuständigkeit nicht in Betracht zu ziehen ist, so lange in derselben keine rechtliche Gefährdung liegt.

e) **Bausache. Zugänglichkeit.**

N. N. in C. wollte in dem hinter seinem Hause Nr. 2 der Marktstraße gelegenen Hofe ein Magazingebäude errichten, wurde aber von dem Oberamt und der Ministerialabtheilung für Hochbauwesen wegen mangelnder Zugänglichkeit (Art. 28 der Bauordn.) mit diesem Gesuch abgewiesen. Die Zugänglichkeit sollte vermittelt werden durch eine Durchfahrt unter dem Neubau, an welche man aber nur über städtisches Eigenthum gelangen konnte. Dasselbe durfte aber N. nur aus Vergünstigung zur Heu- und Erntezeit als Scheuneeinfahrt benützen, während das Ortsbaustatut §. 47 Abs. für die Zulässigkeit von Hintergebäuden fordert, daß freie im Eigenthum des Bauunternehmers stehende oder durch Servituten gesicherte Zufahrten bestehen. Eine andere Zufahrt durch die Durchfahrt des Hauses Nr. 4 der Marktstraße konnte deßhalb nicht in Betracht kommen, weil der Besitzer dieses Hauses zwar gegen das projektirte Hintergebäude keine Einsprache erhoben hatte, hierin aber nicht die Erklärung der Bereit-

willigkeit gefunden werden konnte, dem Besitzer des Hauses Nr. 2 eine Servitut zur Benützung seiner Durchfahrt einzuräumen. Da nun außerdem die weitere Bestimmung des Ortsbaustatuts wegen der Nichtanbringung von Oeffnungen bei auf dem Untermark stehenden Hintergebäuden und (§. 49) der Entfernung von 6 m von den vor den Hintergebäuden stehenden Vordergebäuden nicht eingehalten war, so wurde der Rekurs unter Beziehung auf die §§. 47 und 49 des Ortsbaustatuts abgewiesen, weil der Rekurrent durch die Versagung der Bauerlaubniß nicht in einem ihm zustehenden Recht verletzt sei.

f) Bausache; privatrechtliche Einwendungen.

F. G. von U. beschwerte sich aus civilrechtlichen Gründen gegen die dem Kupferschmid N. gestattete Erbauung eines Schweinstalls. Da jedoch nach Art. 88 Abs. 2 der Bauordnung privatrechtliche Einwendungen die baupolizeiliche Behandlung eines Baugesuchs nicht hemmen, wurde ihre Beschwerde verworfen, und sie mit ihren Einreden sowie dem auf Grund derselben zu erhebenden Antrag auf Einstellung des Bauwesens an den Civilrichter gewiesen. (12. Dezember 1877).

g) Bausache. Bauen außerhalb Etters. Neues Vorbringen.

Kaufmann H. in R. wollte auf der Markung G. in der Nähe des Bahnhofs der Station G. ein Haus erbauen. Mit diesem Gesuch von der Ministerialabtheilung für Hochbauwesen unterm 31. August 1877 abgewiesen, weil die Baustelle nach Art. 31 der Bauordn. nicht genügend von einem an derselben vorbeiführenden Weg entfernt sei, der als Vicinalweg Nr. 9 bezeichnet war. Die dagegen eingelegte Beschwerde wurde unterm 12.—14. Dezember 1877 als unstatthaft verworfen, weil der Bauplatz außerhalb Etters, und außerhalb des Ortsbauplans liege, und nach Art. 32 Abs. 2 es in dem Ermessen der Polizeibehörde stehe, aus feuer- und sicherheitspolizeilichen Gründen im

einzelnen Fall das Bauen außerhalb Etters und des Ortsbauplans zu untersagen, und nach Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege gegen eine auf Grund dieser Gesetzesbestimmung versagte Bauerlaubniß eine Rechtsbeschwerde nicht erhoben werden könne. Dabei wurde hinsichtlich der in der Instanz des Verwaltungsgerichtshofs von dem Rekurrenten aufgestellten Behauptung, daß der Vicinalweg Nr. 9 kein Nachbarschaftsweg, sondern ein Fußweg sei, bemerkt, daß nach Art. 62 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege neues Vorbringen nur dann berücksichtigt werden könne, wenn das Ministerium des Innern sich damit einverstanden erklärt hätte, was im vorliegenden Fall nicht zutreffe.

h) gabella hereditaria.

Am 26. Oktober 1864 starb S. L. in N. Der Nachlaß blieb unvertheilt in den Händen der Wittwe, die am 3. Februar 1875 starb. Neben 5 anderen Kindern war der jüngste Sohn N. L., geboren den 27. Oktober 1844, Erbe. Derselbe ist in den Verlassenschaftsakten als Kaufmann in London bezeichnet. Sein Erbtheil betrug 121 959 *M*. 24 Pf., wovon auf die mütterliche Erbschaft 16 346 *M*. 44 Pf. kamen.

N. L. hatte nach Verzicht auf das Staatsbürgerrecht unterm 7. Juni 1866 Behufs seiner Auswanderung nach Frankreich die Entlassung aus dem württembergischen Staatsverband erhalten, ein anderes Staatsbürgerrecht aber nicht erworben. Dieser Umstand kam erst aus Anlaß der Revision des Theilungsgeschäfts zur Kenntniß der Behörde, worauf die Mittheilung der Akten an das Oberamt verfügt wurde. Dasselbe setzte die Abzugssteuer von 1634 *M*. 64 Pf. für die Ausfolgung der mütterlichen Erbschaft an, und verfügte die Beschlagnahme einiger dem N. L. bei der Theilung zugewiesenen Ausstände. Die gegen diese Verfügung erhobenen Beschwerden wurden von der Kreisregierung und dem Ministerium des Innern

verworfen. Gleiches Schicksal hatte durch Erkenntniß vom 4. März 1878 der bei dem Verwaltungsgerichtshof eingelegte Rekurs aus folgenden Gründen:

Der Beschwerdeführer kann die Befreiung von dem Abzug, welchem die einem Ausländer in Württemberg angefallene Erbschaft unterliegt, nicht darauf gründen, daß er Angehöriger eines Staats ist, mit dem ein Vertrag über gegenseitige Befreiung der Staatsangehörigen von dieser Abgabe geschlossen ist. Er glaubt aber diese Befreiung stützen zu können:

1) auf die Behauptung, daß er zur Zeit des Todes seiner Mutter als Theilhaber eines Pariser Geschäfts seinen rechtlichen Wohnsitz in Paris gehabt habe, obgleich er thatsächlich als Leiter einer Filiale oder Agentur dieses Geschäfts in London gewohnt hat. Wie es mit der rechtlichen Begründung dieses Wohnsitzes sich verhält, kann dahingestellt bleiben. Angenommen auch der Beschwerdeführer habe damals seinen rechtlichen Wohnsitz in Paris gehabt, so wäre er hierdurch nicht französischer Angehöriger geworden, sondern auch Frankreich wie Württemberg gegenüber Ausländer geblieben. Seine weitere Behauptung aber, daß nicht die Staatsangehörigkeit des Erben, sondern das Land, in welches die Erbschaft auszufolgen sei, entscheide, findet weder in den Gesetzen, in Uebereinstimmung mit welchen die Ministerialverfügung vom 12. Juli 1823 die näheren Bestimmungen für die Erhebung des Abzugs festsetzt, noch in der geltend gemachten Entscheidung des K. Geheimenraths vom 23. März 1874 ihre Bestätigung. Eine gesetzliche Bestimmung, aus der die Richtigkeit dieser Behauptung folgen soll, hat der Beschwerdeführer überhaupt nicht einmal bezeichnet, die Folgerungen aber, welche derselbe aus einem allgemeinen Räsonnement über das Recht der Fremden und ihre Gleichstellung mit den Inländern hinsichtlich der Erwerbsfähigkeit zieht, entbehren theils der Richtigkeit der Grundlage, theils der nöthigen Bündigkeit. Die angezogene Entscheidung

des Geheimenraths aber stützt die Verbindlichkeit des damaligen Rekurrenten (Y. in Yokohama) zur Leistung der Abgabe gerade darauf, daß derselbe jedenfalls zur Zeit des Erbschaftsanfalls nicht Angehöriger eines Staats war, mit welchem ein vertragsmäßig festgestelltes Gegenseitigkeitsverhältniß wegen der Befreiung vom Abzug bestand. Ist die Nachweisung des Anspruchs auf Befreiung aus diesem Grunde mißlungen, so ist dies ebenso der Fall mit der Einwendung des Beschwerdeführers, daß

2) der Ansatz des Abzugs von Seite des Oberamts nicht mehr statthaft war, nachdem das Theilungsgeschäft abgeschlossen war, ehe dieser Ansatz erfolgte. Eine positive Begründung dieser Einwendung aus den gesetzlichen Bestimmungen hat der Beschwerdeführer auch hier nicht versucht, und sie wäre auch in Ermangelung jedes positiven Anhalts nicht wohl möglich gewesen. Da aber aus der durch die Verabfolgung der Erbschaft etwa eintretenden Erschwerung der Realisirung der Verpflichtung keine Aufhebung derselben folgt, so leuchtet die Unstichhaltigkeit der erhobenen Einwendung von selbst ein.

Zu Art. 13 vgl. lit. b. Prozessualisches.

Art. 14 des Gesetzes vom 16. Dez. 1876.

a) Wirthschaftskonzessionsentziehung. (§. 53 Gewerbeordnung).

Die Agathe R. Wittwe von W. hatte unterm 29. Juli 1876 Ausschanksgerechtigkeit erhalten, welche die Kreisregierung derselben entzogen hat, kraft des §. 53 der deutschen Gewerbeordnung. Der dagegen eingelegte Rekurs wurde durch Erkenntniß des Verwaltungsgerichtshofs vom 5. Dezember 1877 verworfen, weil Thatsachen vorlagen, welche die Annahme des Mißbrauchs ihres Wirthschaftsrechts zu den in §. 33 der Gewerbeordnung vorgesehenen Handlungen rechtfertigen.

Diese Thatsachen waren:

1) das Zeugniß des Gemeinderaths W., daß die Wirthschaft nicht nur in W., sondern in der ganzen Um-

gegend verrufen sei, weil die Wirthin das Gewerbe zur Förderung der Völlerei mißbrauche, und in dem Verdacht stehe, Unsittlichkeiten sowohl selbst zu treiben, als auch zuzulassen.

2) die Aussage einer Zeugin, die Bier in der Wirthschaft holen wollte, und als sie in die Küche hineinsah, wahrnahm, wie gerade ein Soldat von der auf dem Boden liegenden Wirthin aufstand und beide sich aufrichteten, woraus sie schloß, daß der Soldat unmittelbar vorher auf der Wirthin lag, und sie Unzucht mit einander getrieben hatten;

3) die Meldung des Polizeiwachtmeisters, die besagt, daß zwei unzüchtige wegen gewerbsmäßiger Unzucht bestrafte Dirnen häufig zu jeder Zeit bei Tag und bei Nacht ihren Aufenthalt in der Wirthschaft haben, obgleich sie aus W. ausgewiesen sind. Sie wurden dort betreten, und verhaftet. Schlägereien und Ruhestörungen kommen dort häufig vor, so daß sich die Nachbarschaft beschwerte und die Wirthin verwarnt wurde.

4) Die Angabe eines Nachbars, daß ganze Nächte hindurch in der Wirthschaft gezecht werde, und oft Soldaten Abends zwischen 11 und 12 Uhr in das Schlafzimmer der Wirthin einstiegen und sich Morgens um 4 Uhr wieder durch dasselbe Fenster entfernten. Oefter haben sie aus Versehen an seinem Fenster gepocht. Auf seine Beschwerde mußte ein Gitter an dem Fenster des Schlafzimmers angebracht werden. Außerdem hat er häufig gesehen, daß lüderliche Weibspersonen bei Tag und bei Nacht zu jeder Zeit in der Wirthschaft aus- und eingingen. Er ist deßhalb überzeugt, daß die R. selbst nächtliche Besuche von Mannsleuten empfangen hat und unzüchtigen Verkehr mit denselben treibt, und daß sie schlechtem Gesindel zur Unzucht Vorschub leistet.

5) Damit stimmt die Aussage eines andern Nachbars überein, der angibt: Das Lärmen und Zechen dauerte oft in den Morgen hinein, und ich wurde dadurch oft im Schlaf gestört. Verdächtig aussehende Weibsleute habe ich oft in der Wirthschaft aus- und einlaufen gesehen, und

oft habe ich gehört, daß es Nachts 12 Uhr Schlägereien gab, und ganz dasselbe gibt ein weiterer Zeuge an.

6) Den häufigen Aufenthalt in der Wirthschaft der R. bestätigen auch zwei wegen gewerbsmäßiger Unzucht zum Theil wiederholt bestrafte Dirnen, und auch von einer dritten ist dieser Aufenthalt erhoben. Eine derselben gibt an: Es ist richtig, daß es dort lüderlich zugegangen ist, und daß die Wirthin selbst lüderlich war. Denn das habe ich oft abmachen hören, daß sie Weibsbilder mit Mannsleuten in ihr Schlafzimmer geschickt hat, und daß diese ihr Geld zum Trinken dafür gezahlt haben. Sie bezeichnete dabei drei mit Namen, und außerdem Fabrikmädchen, deren Namen sie nicht kenne. Da die Polizei der Wirthin auf den Fersen war, konnten sie sich nicht lange dort aufhalten, oder längere Zeit ein geschlechtliches Zusammensein riskiren; dann ist eben die Wirthin selbst mit den Mannsleuten in ihr Schlafzimmer gegangen, und daß hier Unzucht getrieben wurde, habe ich wohl gemerkt.

Die R. legte sich dem gegenüber auf das Leugnen, Verdächtigung der Zeugen und gab nur zu, daß die lüderlichen Dirnen einigemal, wie andere Leute auch in ihre Wirthschaft kamen um ein Glas Bier zu trinken, Unrechtes sei dabei nicht vorgekommen.

b) **Wirthschaftskonzessionsentziehung. (§. 53 der d. Gew.-O.)**

Der nicht günstig zu prädizirende Restaurateur T. hatte schon in den Jahren 1867 und 1868 dreimal erfolglos um Schankgerechtigkeit gebeten. Die Einführung der deutschen Gewerbeordnung half ihm unterm 3. Februar 1872 zur Erfüllung seines Wunsches. Gründe des §. 33 der Gewerbeordnung, welche die Versagung gerechtfertigt hätten, lagen nicht vor. Eine im Jahr 1870 gegen seine Ehefrau eingeleitete Untersuchung wegen Verdachts der Kuppelei ergab zwar, daß bei T. Mädchen, die gewerbsmäßig Unzucht trieben, gegen verhältnißmäßig hohen Zins in Miethe wohnten, es war aber nicht angezeigt, daß ihr Treiben mit Wissen und unter Theilnahme von T. statt

hatte, weßhalb die Untersuchung eingestellt wurde. Dagegen führte eine von der Stadtdirektion Anfangs des Jahres 1876 wegen gewerbsmäßiger Unzucht gegen verschiedene Dirnen, darunter eine noch nicht 15 Jahre alte Tochter von T. eingeleitete Untersuchung zu dem Ergebnisse, daß 5 Dirnen, darunter neben der noch nicht 15jährigen T. ein 16- und ein 18jähriges Mädchen wegen dieser Uebertretung mit Haft von 14 Tagen bis zu 3 Wochen unterm 29. Januar 1876 bestraft, sondern auch die T.'schen Eheleute durch Erkenntniß der Strafkammer des Kreisgerichtshofs vom 3. Merz 1876 wegen gemeinschaftlich verübter Kuppelei zu 6 Wochen beziehungsweise 3 Monaten Kreisgefängniß verurtheilt wurden. Nach dem Thatbestand hatte der Gerichtshof angenommen, „daß die T.'schen Eheleute in den Jahren 1874 und 1875 in gemeinschaftlicher Ausführung gewohnheitsmäßig und aus Eigennutz durch ihre Vermittlung und durch Gewährung und Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub geleistet, indem sie ihr Haus und die von ihnen darin betriebene Wirthschaft dazu benützten, den Verkehr zwischen verschiedenen öffentlichen Dirnen und männlichen Gästen zum Zweck der Verübung der Unzucht einzuleiten, zu eben diesem Zweck ein Zimmer besonders einrichteten, in welchem auf ihre Veranlassung und mit ihrer Zustimmung die Gewerbeunzucht fortgesetzt betrieben wurde, und die T.'schen Eheleute haben sich hierdurch theils mittelbar durch erhöhten Absatz in ihrem Wirthschaftsbetrieb, theils unmittelbar einen fortgesetzten Geldgewinn verschafft, indem die betreffenden öffentlichen Dirnen bei jedesmaliger Benützung des Zimmers gehalten waren, die Hälfte des für die Hingabe ihres Körpers empfangenen Lohns der Frau T. abzuliefern und zu überlassen."

Ein aus Anlaß eines Gnadengesuchs über die T.'sche Ehefrau ausgestelltes Zeugniß des Strafanstalts-Vorstands und Geistlichen geht dahin: Die T. kam mit ihrem bürgerlichen Begleiter und ihrem Liebhaber betrunken

in der Anstalt an. Sie hat den Tag vor und nach der Eisenbahnfahrt mit Zechen zugebracht. Eine Strafabkürzung würde sie nur dazu benützen, ihr altes Gewerbe um so früher wieder aufzunehmen, wie sie denn den Vorschub, den sie der Lüderlichkeit geleistet, als etwas Geringfügiges und durch die Lebensverhältnisse in St. zum Fortkommen fast Gebotenes darstellt.

In Folge der längeren Abwesenheit der T.'schen Eheleute von Hause — T. hatte wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt 2c., eine Gesammtstrafe von 1 Jahr und 6 Monaten zu erstehen — ruhte der Betrieb ihrer Wirthschaft bis zu Beider Wiederkehr. Die irrige Meinung des T., daß er zur Wiedereröffnung seiner Wirthschaft Erlaubniß bedürfe, und ein demgemäß eingereichtes Gesuch veranlaßten den Antrag des Gemeinderaths auf Entziehung der Gewerbeberechtigung. Diesem Antrag gab die Kreisregierung, da T. nichts Erhebliches dagegen einzuwenden vermochte, durch Beschluß vom 19. Januar 1878 im Hinblick auf die Bestrafung wegen Kuppelei und den Zusammenhang, in dem das Vergehen mit dem Wirthschaftsbetrieb stand, statt. Die dagegen rite ausgeführte Beschwerde wurde von dem Verwaltungsgerichtshof unterm 27. Merz 1878 mit folgender Begründung verworfen:

1) Daß die gesetzlichen Voraussetzungen in dem vorliegenden Fall gegeben sind, unter denen es zulässig ist, die dem Beschwerdeführer ertheilte Ausschankserlaubniß zu entziehen, kann Angesichts des gegen denselben ergangenen Straferkenntnisses vom 3.—25. März 1876 und der Vorschrift des §. 33 Ziff. 1 und §. 53 Abs. 2 der deutschen Gewerbeordnung nicht dem mindesten Zweifel unterliegen.

2) Seine Behauptung, daß er von dem unzüchtigen Treiben, zu dem seine Wirthschaft zum Nutzen für dieselbe benützt wurde, keine Kenntniß gehabt habe, ist durch das gerichtliche Erkenntniß widerlegt, das ihm und seine Ehefrau wegen *gemeinschaftlich begangener* Kuppelei zu Strafe verurtheilt, und kann daher keine Berücksichtigung finden.

3) Seine Versicherung, daß er in Folge des körperlichen Leidens, das ihn befallen hat, sich gleicher Verfehlungen nicht mehr schuldig machen werde, bietet bei dem, was über ihn und seine Ehefrau den Akten zu entnehmen ist, keine Garantie und kann daher eine Aenderung der rechtlich begründeten, ihn daher auch in einem Rechte nicht verletzenden Verfügung nicht bewirken.

Prozessualisches.

a) Nach dem 1. Oktober 1877 eröffnetes Erkenntniß des Oberamts.

In der Wegbaustreitsache des J. K. von S., Klägers gegen die Gemeinde N. Beklagte hatte das Oberamt F. unterm 29. Sept. 1877 ein die Gemeinde N. verurtheilendes Erkenntniß gefällt, das jedoch den Parteien erst unterem 4. Oktober 1877 unter Rekursbelehrung nach dem Gesetz vom 13. November 1855 eröffnet wurde. Namens der Gemeinde N. reichte der Rechtsanwalt F. unterem 2.—5. November 1877 eine Beschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof gegen dieses Erkenntniß ein. Da jedoch nach Art. 74 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege das Oberamt sein Erkenntniß mit dem 1. Oktober 1877 gar nicht mehr zu eröffnen hatte, und dasselbe mit dem 1. Oktober 1877 bedeutungslos geworden war, so wurde die Beschwerdeschrift der Kreisregierung zur weiteren Verfügung zugefertigt (10. November 1877).

b) Versäumniß der Beschwerdefrist (Art. 79 Abs. 3 des Gesetzes).

In der Beschwerdesache des Bäckers C. H. in C. gegen die versagte Erlaubniß der Erbauung eines Hintergebäudes an seiner Scheuer wurde die Berufung wegen Versäumung der in Art. 79 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vorgeschriebenen 15tägigen Frist unterm 14. Dez. 1877 zurückgewiesen.

c) Unrichtige Einreichung der Beschwerdeschrift.

Die Stadt C. glaubte die Gipsmüller C. J. und J. K. von C. auf Leistung von Beiträgen von je $^{3}/_{8}$ zu

den Kosten der chausseemäßigen Herstellung von 2 Güterwegen deßhalb in Anspruch nehmen zu können, weil dieselben den Weg für ihre Gipsfuhren, vorzugsweise und in Zeiten benützen, in denen sie für die Güter nicht erforderlich sind. J. und K. klagten deßhalb auf Freiheit von diesen Beiträgen und erlangten unterm 3. April 1875 ein Erkenntniß des Oberamts, daß die Gemeinde nicht berechtigt sei, diese Beiträge in Anspruch zu nehmen. Unter dem 19. Oktober 1877 bestätigt die Kreisregierung dieses Erkenntniß. Dasselbe wurde dem Gemeinderath am 2. Nov. 1877 eröffnet, und von dem letzteren sogleich erklärt, daß er Berufung einlege. Am 3. Dezember 1877 (2. Dez. Sonntag) reichte der bevollmächtigte Rechtsanwalt der Gemeinde die an das Ministerium des Innern gerichtete Beschwerdeschrift bei dem Oberamt ein, das dieselbe mit den Akten am 12.—13. Dez. 1877 der Kreisregierung vorlegte. Dieselbe legte die Akten wegen der Adresse der Beschwerdeschrift dem Ministerium des Innern vor, von dem sie am 21. Febr. 1878 an den Verwaltungsgerichtshof gelangten. Derselbe beschloß unterm 4. März 1878 die eingelegte Berufung ohne weitere Verhandlung abzuweisen. „Nach Art. 44 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, der nach Art. 75 Abs. 2 desselben Gesetzes zur Anwendung zu kommen hat, war die Berufungschrift innerhalb der am 3. Dez. 1877 abgelaufenen Berufungsfrist bei der Kreisregierung oder dem Verwaltungsgerichtshof einzureichen. Weder das Eine, noch das Andere ist geschehen. Die Berufungsschrift wurde am 3. Dez. 1877 dem Oberamt übergeben, und ist bei der Kreisregierung am 13. Dez. 1877, bei dem Verwaltungsgerichtshof am 21. Februar 1878 zur Vorlage gekommen. Ein Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde nicht eingereicht. Es ist daher die Berufung nach Vorschrift des Art. 48 Absatz 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege ohne weitere Verhandlung abzuweisen.

Medizinalpolizeiliche Streitfragen.

Von Herrn Dr. Reuschler, Arzt in Stuttgart.

Meine Absicht ist, im Folgenden einige streitige Punkte aus dem Medizinalpolizeiwesen, nämlich aus dem Rechte der Aerzte und der Personen verwandter Berufsart zu besprechen. Dieses Recht hat ja im Laufe des letzten Jahrzehnts große, wenn auch den Nächstbetroffenen nicht immer erwünschte Veränderungen erfahren. Den ersten und weitaus den tiefsten Eingriff in das vorher Bestehende, denjenigen, der schon vom Norddeutschen Bunde seinen Schatten nach Württemberg vorausgeworfen und zu dem sich alle andern nur als Folge verhalten, hat die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich gethan. Die Einreihung der genannten Berufsthätigkeiten unter die Gewerbe, die Garantirung der Approbationen durch das Reich, die gemeinsame Prüfungsnorm sammt Freizügigkeit der Approbirten durch ganz Deutschland, die Freigebung der gewerbsmäßigen Krankenbehandlung an die Laien, die Befreiung der Geprüften von jeder besonderen gesetzlichen Beistandspflicht und die Beseitigung aller obligatorischen Taxen sind einschneidende Bestimmungen der Gew.-O. gewesen. Allein dem Erlaß des rasch ausgearbeiteten Gesetzes hat noch die Ausführung durch die Einzelregierungen folgen müssen, und deren Auffassung der neuen Bestimmungen ist einmal keineswegs übereinstimmend ausgefallen und ist andrerseits in ärztlichen Kreisen manchfach bezüglich ihrer Richtigkeit bestritten. Mehrere solche Differenzen, meist in Württemberg zu Tag getreten, möchte ich nun behandeln.

I. „Medizinalpersonen" im Sinne unserer Gesetze.

Eingeführt in unsere Gesetzgebung ist das Wort „Medizinalperson" erst durch die Reichsgewerbeordnung;

denn selbst in den, was das Personal betrifft, umfassendsten früheren württembergischen Bestimmungen, in den noch zu erwähnenden Strafandrohungen wegen Beistandsverweigerung (vgl. Anm. 17) ist keine Gesammtbezeichnung gebraucht. Allein die Gew.=O. hat versäumt, mit ausdrücklichen Worten eine Definition des neu eingeführten Begriffes zu geben, und so hat das k. württ. Ministerium des Innern das in seiner Verfügung vom 8. April 1872 gethan.[1] Wir ersehen aus letzterer, daß alle zum Heilen oder auch nur, wie die Hebammen, zum Helfen für fähig Erklärten nebst den Apothekern in Württemberg als „Medizinalpersonen" aufgefaßt werden. Gesetzt nun, daß das ein Irrthum wäre, daß ein Theil der in Ziffer 1—6 Aufgezählten nicht zu den „Medizinalpersonen" der Gew.=O. gehörte, so möchte ich zum Voraus darauf hinweisen, daß davon die rechtliche Stellung dieses Theiles auch sonst stark beeinflußt wäre. Denn schon ist das fragliche, stets in gleicher Weise auszulegende Wort auch in andere reichsgesetzliche Bestimmungen übergegangen,[2] denen weitere

---

[1] Verfügung, betreffend den Einfluß der deutschen Gew.=O. auf das Medizinalwesen. §. 1. „Zu den öffentlich ermächtigten Medizi„nalpersonen gehören: 1) Aerzte, welche u. s. w., 2) Wundärzte und „Geburtshelfer, 3) Zahnärzte, 4) Hebammen, 5) Thierärzte, 6) Apo„theker".

[2] R.St.G.B. §. 174: 3) „Mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren wer„den bestraft Beamte, Aerzte oder andere Medizinalpersonen, „welche — in öffentlichen Anstalten — angestellt sind, wenn sie mit „den aufgenommenen Personen unzüchtige Handlungen vornehmen".

Ferner §. 278: „Aerzte und andere approbirte Medizinal„personen, welche ein unrichtiges Zeugniß über den Gesundheits„zustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder Ver„sicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit „Gefängniß von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft."

Nur für Dritte von Bedeutung ist §. 277: „Wer unter der ihm „nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere appro„birte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen „solcher Personen ein Zeugniß über seinen oder eines Andern Ge„sundheitszustand ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugniß ver-

leicht folgen mögen. Unsere Frage, ob die württ. Regierung richtig ausgelegt, rechtfertigt sich aber, wenn wir die fundamentalen Bestimmungen der Gew.-O. über das ganze bezügliche Personal, nämlich die §§. 29 [3] und 30 [4] näher ins Auge fassen. Unmittelbar fällt hier eine Zweitheilung des geprüften Personals auf. Das gesammte Heilpersonal mit den Apothekern als Anhang ist in §. 29 vereinigt; nur seine „besondere Genehmigung" ist als „Approbation" bezeichnet; §. 30 dagegen behandelt davon abgetrennt die besondere Genehmigung der Hebammen. Indem die Motive des Gesetzesentwurfs über den Grund dieser Trennung sich aussprechen, geben sie uns zugleich den Umfang des Begriffes „Medizinalpersonen." Sie sagen nämlich zu §. 29: [5]

„fälscht, und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungs-„gesellschaften Gebrauch macht, wird mit Gefängniß bis zu Einem „Jahre bestraft".

[3] Gew.-O. Titel II. Stehender Gewerbebetrieb. II. 2. Gewerbetreibende, welche einer besonderen Genehmigung bedürfen. §. 29: „Einer Approbation, welche auf Grund eines Nachweises der Be-„fähigung ertheilt wird, bedürfen Apotheker und diejenigen Personen, „welche sich als Aerzte (Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahn-„ärzte und Thierärzte) oder mit gleichbedeutenden Titeln be-„zeichnen" — — — —.

(Abs. 3). „Personen, welche eine solche Approbation erlangt „haben, sind innerhalb des Bundesgebiets in der Wahl des Ortes, „wo sie ihr Gewerbe betreiben wollen, — — —, nicht beschränkt".

(Abs. 5). „Personen, welche vor Verkündigung dieses Gesetzes „in einem Bundesstaate die Berechtigung zum Gewerbebetrieb als „Aerzte, Wundärzte, Zahnärzte, Geburtshelfer, Apotheker oder Thier-„ärzte bereits erlangt haben, gelten als für das ganze Bundesgebiet „approbirt".

[4] Gew.-O. §. 30: „Unternehmer von Privatkranken-, Privat-„Entbindungs- und Privatirrenanstalten bedürfen einer Konzession „der höheren Verwaltungsbehörde, welche ertheilt wird, wenn nicht „Thatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Nachsuchenden „in Beziehung auf den beabsichtigten Gewerbebetrieb darthun.

„Hebammen bedürfen eines Prüfungs-Zeugnisses der nach den „Landesgesetzen zuständigen Behörde".

[5] R. D. R. 1869 (Stenographische Berichte über die Verhandl. des Reichstages des Norddeutschen Bundes, Session 1869), Bd. III. p. 117.

„Es kommt darauf an, für die Medizinalpersonen die Freizügigkeit innerhalb des Bundesgebietes herzustellen." Für die Apotheker war das nur theilweise beabsichtigt; denn, wie die Motive weiter sagen, sollten nur die künftighin zu approbirenden freizügig werden; und da außerdem §. 80 des Entwurfs gelautet hat: „Taxen für die Medizinalpersonen und Apotheker können von den Centralbehörden festgesetzt werden," so kommen wir zu dem Schluß, daß der Entwurf der Gew.=O. und ebenso diese selbst die Apotheker nicht unter die Medizinalpersonen rechne. Das weiter zu Erwähnende wird dem nicht widersprechen. — Einen scharfen Gegensatz nun zu den in §. 29 Aufgezählten bilden die Hebammen; für sie sollte keine gemeinsame Prüfungsnorm und keine Freizügigkeit innerhalb Deutschlands [6] geschaffen werden und deßhalb sind sie in den §. 30 eingetheilt worden, der alle der Landesregierung vorbehaltenen, auf ärztliche oder ähnliche Hilfe bezüglichen besonderen Genehmigungen zusammenfassen sollte. Das ist auch in das Gesetz übergegangen. Wir werden später sehen, daß diese Abtrennung der Hebammen vom Heilpersonal zu rechtlichen Folgen geführt hat, die schwerlich beabsichtigt gewesen sind.

Betrachten wir sodann diejenigen zwei Stellen (§§. 144 und 147) der Gew.=O., in welchen der Text des Gesetzes selbst die Medizinalpersonen anführt.

Der zweite Absatz des §. 144 [7] ist in dem Entwurf des

---

[6] Ja nicht einmal innerhalb des Einzelstaates, wo sie geprüft, garantirt ihnen das Reich die freie Wahl des Wohnsitzes. R. D. R. 1869, III. 117, Motive zu §. 30: „Was die Hebammen anlangt, so „sind die wegen Bestellung derselben bestehenden landesgesetzlichen „Vorschriften, welche namentlich dafür Sorge zu tragen haben, daß „sich die Hebammen auch auf die minder volkreichen Gegenden „angemessen vertheilen, durch §. 6 vorbehalten." (Vgl. Anmerkung 16).

[7] Gew.=O. §. 144. „Inwiefern, abgesehen von den Vorschriften „über die Entziehung des Gewerbebetriebs (§. 143), Zuwiderhand„lungen der Gewerbetreibenden gegen ihre Berufspflichten außer den

Gesetzes[8] nicht enthalten gewesen. Erst der Abgeordnete Dr. Löwe hat ihn als Amendement eingebracht mit dem Wortlaut: „alle Strafbestimmungen der Landesgesetze jedoch, „durch welche den Medizinalpersonen (§. 29) unter An„drohung von Strafen ein Zwang zu ärztlichen Leistungen „auferlegt ist, werden hierdurch aufgehoben." Er ist der einzige Redner zu dem Gegenstande gewesen und sein Amendement ist durch Abstimmung angenommen und nur bei der Redaktion des Gesetzes in seinem Wortlaut geändert worden, eine Aenderung, welche die ausschließliche Beziehung des Wortes Medizinalpersonen zum §. 29 nicht hat aufheben können.

Auch die andere Stelle der Gew.-O., welche das Wort „Medizinalperson" enthält[9], in bezeichnender Verbindung mit dem dem §. 29 eigenen Worte „approbirt," ist nur geeignet, das Gesagte zu bekräftigen.[10]

Ich finde demnach, daß das k. württ. Ministerium des Innern den Begriff „Medizinalpersonen", wie er in der Gew.-O. und dem Reichsstrafgesetzbuch vorkommt, da-

---

„in diesem Gesetze erwähnten Fällen einer Strafe unterliegen, ist nach „den darüber bestehenden Gesetzen zu beurtheilen.

„Jedoch werden aufgehoben die für Medizinalpersonen be„stehenden besonderen Bestimmungen, welche ihnen unter Androhung „von Strafen einen Zwang zu ärztlicher Hilfe auferlegen."

[8] R. D. R. 1869, III. p. 105 (§. 161); III. p. 318; II. p. 763.

[9] Gew.-O. §. 147, 3) „Mit — wird bestraft, wer, ohne hierzu „approbirt zu sein, sich als Arzt (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, „Zahnarzt, Thierarzt) bezeichnet oder sich einen ähnlichen Titel bei„legt, durch den der Glaube erweckt wird, der Inhaber desselben sei „eine geprüfte Medizinalperson."

[10] Daß §. 147, 3) die Bezeichnung als Hebamme nicht treffe, ist durch oberste Gerichte bestätigt. Vgl. Kah, die deutsche Gew.-O., erläutert u. s. w., Berlin 1877, p. 26: „Es ist nicht verboten, sich „Hebamme zu nennen, wenn man thatsächlich das Hebammengeschäft „ausübt. Es tritt deßhalb auch eine Strafe nicht wegen Beilegung „dieses Titels, sondern nur wegen unbefugter Ausübung des Berufes, „d. h. ohne das vorgeschriebene Prüfungszeugniß (§. 30) ein. Obertrib. „v. 9. Jan. 1872. Reichsoberhandelsgericht (als Kass.-Hof für Elsaß-

mit irrig umgrenzt, daß es in denselben, selbst wenn ich von den Apothekern absehe, die zweifellos nicht dahin gehörigen Hebammen einbegreift. Nur so hat es kommen können, daß die beiden Ministerien der Justiz und des Innern in der k. Verordnung vom 4. November 1875[11] gleichfalls einen Unterschied zwischen „approbirten Medizinalpersonen" einerseits und „ermächtigten" andrerseits aufstellen, der offenbar der Gew.-O. entsprechen soll, ihr aber nicht entspricht; denn die Gew.-O. kennt nur approbirte Medizinalpersonen. Zu erwähnen ist dabei, daß das Wort Medizinalpersonen in dem die Hebammen einschließenden Sinne auch bereits in Strafverfügungen des württ. Ministeriums des Innern überzugehen anfängt.[12]

II. Pfuschereiverbote in Württemberg.

Die radikalste Bestimmung der Gew.-O. bezüglich des Medizinalwesens ist unstreitig die Freigebung der

„Lothringen) vom 24. April 1874." — Im Reichsstrafgesetzbuch §. 360, Ziffer 8 (unbefugte Annahme von Titeln) hat nach Kah (l. c. p. 115) der Ausdruck „Titel" die Bedeutung eines durch Verleihung desselben erlangten Ranges.

[11] K. Verordnung, betr. eine neue Medizinaltaxe: „An Stelle „Unserer Verordnung vom 8. Juli 1869, betreffend eine neue Medi„zinaltaxe, verordnen und verfügen Wir, nach Anhörung Unseres „Geheimen-Rathes, wie folgt: §. 1. Die Vergütungen, welche für „einzelne Dienstleistungen der approbirten oder ermächtigten „Medizinalpersonen angesprochen werden können, sind in der „beiliegenden Taxe verzeichnet."

[12] Verfügung des k. w. Ministeriums des Innern, betr. die Verordnung und Abgabe von Arzneimitteln und chemischen Präparaten zu Heilzwecken. Vom 30. Dez. 1875. §. 11. „Niedere Wundärzte „der III. Abtheilung und Hebammen dürfen bei der Behandlung „von Kranken auch in Nothfällen die in der Anlage verzeichneten „Stoffe und Präparate weder verordnen noch verwenden."

§. 12. „Medizinalpersonen, welche den vorstehenden Be„stimmungen zuwiderhandeln, unterliegen, soweit nicht die Strafbe„stimmungen in §. 367, Nummer 3 und 5, des Strafgesetzbuchs für „das Deutsche Reich Platz greifen, den in Artikel 32, Ziff. 5, des „Gesetzes vom 27. Dez. 1871 festgesetzten Strafen."

berufsmäßigen oder, wie wir jetzt sagen müssen, gewerbsmäßigen Krankenbehandlung auch an nicht erwiesen dazu Befähigte gewesen. In der Absicht der verbündeten Regierungen war das gar nicht gelegen. Im Entwurf der Gew.-O. hatte §. 29, Abs. 1 vielmehr gelautet:[13] „Aerzte, „Zahnärzte und Apotheker bedürfen einer Approbation, „welche auf Grund eines Nachweises der Befähigung ertheilt wird;" und dazu hatte der Absatz 4 des §. 29 bestimmt: „Die Landesbehörden bleiben auch ferner befugt, für ihr Gebiet zu bestimmen, in wie weit die unter den vorbezeichneten Gewerben begriffenen Verrichtungen auch von ungeprüften Personen ausgeübt werden dürfen." Im Gegensatz zu diesen Bestimmungen des Entwurfes hat der erste Satz des §. 29 die in Anm. 3 wiedergegebene Fassung erhalten; der Sinn dieser Aenderung, der folgerecht auch zur Beseitigung der aus Absatz 4 des Entwurfes angeführten Bestimmung geführt hat, ist der, daß die gewerbsmäßige Behandlung von Kranken jeder Art mit Einschluß der Geburtshilfe künftighin Jedem zustehen solle, wenn er nur nicht den dem Geprüften vorbehaltenen Titel annehme. Das Medikastriren wurde also unter die vollkommen legitimen, Steuer zahlenden Gewerbe aufgenommen. In diesem bezüglich der Personen ganz unbeschränkten Sinne ist die Aenderung des Entwurfs beantragt, bekämpft und schließlich angenommen[14] und mit ihr ausgestattet ist das Gesetz auch in Württemberg giltig geworden. Hier aber wirkt es unter ganz anderen Bedingungen, als da, wo es geschaffen worden. Der Stand der Wundärzte, in Preußen seit langer

---

[13] N. D. R. 1869, III. p. 96. Wundärzte, Augenärzte und Geburtshelfer sind nicht neben den Aerzten aufgezählt, weil die Absicht war, Approbationen für Spezialärzte nicht zu ertheilen. ibid. III. p. 117.

[14] N. D. R. 1869, I. 300—307; 327—333; II. 1075—1078. Nicht von dieser Freigebung betroffen sind die Thätigkeiten der Apotheker und der Hebammen (im Gegensatz gegen die Geburtshilfe); sie dürfen nur von den Geprüften ausgeübt werden.

Zeit in stetem Rückgang der Kopfzahl begriffen und mehr und mehr durch einfache Heilgehilfen ersetzt (R. D. R. 1869, III. p. 118), ist in Württemberg zahlreich, durch die meist gleichzeitige Ausübung der Geburtshilfe doppelt wichtig für die Bevölkerung und aus naheliegenden Gründen sehr zum Pfuschen geneigt; Gleiches gilt, nur in viel schwächerem Maaße, von den an Geltung und Rührigkeit zurückstehenden Hebammen. Unter solchen Umständen hat sich die württembergische Regierung nicht versagt, entschiedene Verbote gegen einzelne Arten von Pfuscherei obiger Personen aufs Neue einzuschärfen.[15] Die Verbote be-

[15] Verfügung des k. Ministeriums des Innern, betreffend den Einfluß der Deutschen Gew.-O. auf das Medizinalwesen, vom 8. April 1872. §. 7. Abs. 2. „Geburtshelfer, welche nicht der Klasse der inner„lichen Aerzte angehören, — sind zur unverweilten Beiziehung oder „Einholung des Raths eines Arztes verpflichtet, wenn die einge„tretenen Zufälle — den Fall — bedenklich und die Behandlung „schwieriger machen."

Daselbst, §. 12, Abs. 3. „In Betreff der Behandlung von „Krankheiten bleiben — die Hebammen, so lange sie diesem Berufe „sich widmen, auch fernerhin durch ihre besonderen Berufspflichten „beschränkt und es dürfen daher diese Personen nur in Nothfällen „— der Behandlung von Kranken, beziehungsweise von kranken „Wöchnerinnen sich unterziehen."

Ferner: Erlaß des k. Ministeriums des Innern vom 19. Dez. 1876. Dienstanweisung für die Hebammen des Königreichs Württemberg. §. 12. „Den Hebammen ist strenge verboten, bei Besorg„ung von Geburten die Grenzen der Hilfeleistung, zu welcher sie im „Hebammenunterricht angewiesen und nachher berechtigt worden sind, „zu überschreiten. — Diejenige Hebamme, welche im Vertrauen auf „ihre Geschicklichkeit oder aus einem andern Grunde ihre Befugnisse „überschreitet, — trifft die gesetzliche Strafe." (Worin letztere bestehe und aus welcher Gesetzesstelle sie abzuleiten sei, ist nicht gesagt. Die Drohung selbst ist unbeschränkt ausgesprochen, nicht etwa nur für den Fall, daß aus der Handlung ein Schaden gefolgt ist).

Ueber die für das württ. Medizinalwesen sehr belangreiche Verfügung vom 8. April 1872 sagt der Rechenschaftsbericht des ständischen Ausschusses nur, daß sie keinen Anlaß zu irgend einer Bemerkung gebe; der gleichfalls umfassenden und wichtigen Verfügung vom 30.

treffen nicht die durch ihre Massenhaftigkeit wichtigste Art von Pfuscherei, nicht die Behandlung innerlich Kranker durch Wundärzte, sondern vorwiegend eine durch die Natur der Fälle sehr gefährliche Art, die am Geburtsbette geübte. Allein, wenn wir von der hier nicht zu besprechenden Opportunität absehen, wie steht es der Gew.-O. gegenüber mit der Legalität solcher Verbote? Nehmen wir z. B. den wohl vorkommenden Fall, daß eine in Frankreich im Gebrauch der Zange unterrichtete, nachher in Deutschland auf Grund neuer Prüfung zugelassene Hebamme anfange und ohne schuldbaren Mißerfolg fortfahre, ihr Instrument zu gebrauchen. Erlaubt die Gew.-O. weniger die Zange in der Hand der Hebamme, als die Behandlung eines schweren Brechruhrfalles durch einen Wundarzt? Läßt sie nicht Jedem überhaupt dergleichen zu, nur mit seiner Verantwortung für den etwa von ihm zu stiftenden Schaden? Oder wäre etwa in dieser Beziehung das geprüfte Personal rechtlich anders gestellt, als die vollständigen Laien, so daß es den Einzelregierungen zustünde, Halbbefähigten zu verbieten, was sie gänzlich Unbefähigten nicht verbieten können? Praktisch genommen, hätte das noch seinen erträglichen Sinn, wenigstens in den bezeichneten Fällen, weil da die Gefahr einer Pfuscherei von ganz Unwissenden sehr ferne liegt. Aber nach der Gew.-O., die nur einen kleinen Theil des Medizinalwesens ordnen will, [16] aber gerade die Frage

Dez. 1875 (Anm. 12) und der K. Verordnung, betr. eine neue Medizinaltaxe, vom 4. November 1875 geschieht überhaupt keine Erwähnung.

[16] Gew.-O. §. 6. „Das gegenwärtige Gesetz findet keine An„wendung auf — die Ausübung der Heilkunde (vorbehaltlich der „Bestimmungen in §§. 29, 30, 53, 80 und 144), die Errichtung und „Verlegung von Apotheken und den Verkauf von Arzneimitteln „(vorbehaltlich der Bestimmung in § 80) — — —." (Bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß die Gew.-O. auch ihren §§. 20, 21, 40, 54 und 143 ausdrücklich Geltung bezüglich der Ausübung der Heilkunde zuschreibt).

Es ist also vollkommen gesetzlich, daß die k. württ. Regierung,

der Berechtigung zur Ausübung der Gewerbe überhaupt und so auch der medizinischen Gewerbe vollständig zu entscheiden sich zur Aufgabe macht, kann ich nicht finden, wie die bezeichneten württembergischen Verbote sich sollten rechtfertigen lassen.

III. Die gesetzliche Beistandspflicht des geprüften Hilfspersonals.

Abgesehen von allen aus einem übernommenen Amte, aus Vertrag oder irgend welcher vorherigen Zusage entsprungenen, hier gänzlich außer Betracht bleibenden Verpflichtungen hat eine durch besondere Strafandrohung eingeschärfte Beistandspflicht obigem Personal früher in vielen deutschen Staaten obgelegen. Der Reichstag des Norddeutschen Bundes hat in dieser Richtung, als er die Gew.-O. berieth, vor Allem dem §. 200 des preußischen Strafgesetzbuches gegenübergestanden.[17] Eine lebhafte, von Aerzten ausgehende, auch durch ein Gutachten der k. preußischen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinal-

wie sie reichlich gethan hat, die Auswahl derjenigen Arzneimittel beschränkt, welche die Apotheker auf Anordnung von Nichtgeprüften oder von Wundärzten abgeben dürfen. Denn nur die Zulassung ihrer Person zur Behandlung der verschiedensten Fälle, nicht aber unbegrenzte Verfügung über die Arzneimittel behufs solcher Zwecke ist ihnen von Reichswegen verbürgt.

[17] Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten vom 14. April 1851, §. 200. „Medizinalpersonen, welche in Fällen einer dringen„den Gefahr ohne hinreichende Ursache ihre Hilfe verweigern, sollen „mit Geldstbuße von 20 bis zu 500 Thalern bestraft werden."

Die bezüglichen württembergischen Bestimmungen sind folgende gewesen:

Württ. Strafgesetzbuch von 1839, Art. 460. „Wenn öffentlich „aufgestellte Aerzte, Wundärzte, Hebammen und Apotheker in dringen„den Fällen die Hilfe ihrer Kunst oder die Abgabe von Arzneimitteln „verweigert haben und dadurch Jemand an seiner Gesundheit Scha„den zugefügt worden ist, so soll gegen die Schuldigen Geldbuße bis „zu Einhundert Gulden, in schwereren Fällen zeitliche Entziehung, „und bei einem Rückfalle bleibende Entziehung der öffentlichen Be„rechtigung erkannt werden." Und

wesen[18] gestützte Agitation zielte darauf hin, diesen Zwang zu beseitigen, und wartete dafür nicht, wie der Wunsch der Regierungen war, die Berathung eines norddeutschen Strafgesetzbuches ab, sondern erreichte unter Führung des Dr. Löwe ihren Zweck schon dadurch, daß in den §. 144 der Gew.-O. (vgl. Anm. 7) ein darauf bezüglicher Absatz aufgenommen wurde.

Württ. Polizeistrafgesetz von 1839, Art. 37. „Wenn Aerzte, „Wundärzte, Hebammen und Apotheker in dringenden Fällen die „Hilfe ihrer Kunst oder die Abgabe von Arzneimitteln ohne genügende „Entschuldigung verweigern, so wird der Schuldige, wenn durch solche „Weigerung kein Schaden gestiftet worden ist (vgl. Art. 460 des „Strafgesetzbuchs) im ersten Fall mit Geldbuße bis zu zwanzig „Gulden oder Arrest bis zu acht Tagen, beim ersten Rückfall mit „Arrest bis zu vierzehn Tagen bestraft.

„Weitere Rückfälle ziehen Suspension bis auf die Dauer von „sechs Wochen oder bleibende Entziehung der öffentlicheu Berechtigung „nach sich."

Ich bemerke zu Art. 460, daß mit „öffentlich aufgestellt" alle in Württemberg Ermächtigten gemeint gewesen sind, nicht etwa nur in öffentlichem Sold stehende; es sind also genau dieselben Personen, wie in Art. 37.

[18] Schon die Einführung des §. 200 war von nicht ärztlicher Seite im Vereinigten Landtag als ungerechtfertigt und unnütz beanstandet worden (N. D. R. 1870, Bd. III., Nr. 5, Anlage 8 zu den Motiven des Strafgesetzbuchentwurfs). Jetzt erklärte das Gutachten der wissenschaftl. Deputation (a. a. O.), der Paragraph sei „eine in das Berufsleben des Arztes tief eingreifende, denselben — schwer belastende Bestimmung, wie keine ähnliche in der Gesetzgebung eines andern Staates gefunden werde." Während dem waren freilich in Württemberg (vgl. Anm. 17) Bestimmungen in Kraft und Uebung, die an Strenge (Arreststrafe, zeitliche oder dauernde Befugnißentziehung) die preußische dutzendfach übertrafen. Thatsächlich war dadurch jeder Arzt einer wahrhaft schimpflichen Mißhandlung durch das Publikum preisgegeben. Aber die Thatkraft des ärztlichen Standes in Württemberg und besonders die Art, wie seine hervorragenden Glieder ihre Pflicht gegen ihn erfüllen, hat es ermöglicht, daß obige Bestimmungen ohne heftigen Widerstand von seiner Seite eingeführt worden sind, Jahrzehnte hindurch bestanden haben und noch bestehen würden, wenn der Norden uns nicht von ihnen befreit hätte. Um ihren Zweck (allerdings zugleich mit der Freizügigkeit) zu er-

Ueber die Bedeutung dieses Absatzes 2 nun besteht derzeit, zumal in Preußen, beträchtliche Meinungsverschiedenheit zwischen Regierungsbehörden einer- und Aerzten oder Aerztevereinen andererseits. Es sind nämlich nach und nach immer mehr Fälle vorgekommen, wo höhere oder niedere Polizeibehörden unter Berufung auf §. 360, Ziffer 10[19] des Reichsstrafgesetzbuchs erklärten, daß ihrer Aufforderung, Beistand zu leisten, auch jede Medizinalperson mit ihren beruflichen Fähigkeiten bei Strafvermeidung nachkommen müsse.[20] Das hat in ärztlichen Kreisen lebhafte Erregung hervorgerufen; Viele erblicken darin eine thatsächliche, aber völlig ungesetzliche Wiederherstellung des

---

reichen, haben die norddeutschen Aerzte nicht bloß verzichtet auf Einreden dagegen, daß ihr Beruf — nicht sehr würdiger Weise — unter die Gewerbe eingereiht wurde, sondern sie haben auch die Aufhebung der gegen die Pfuscherei gerichteten Verbote angestrebt und erzielt, weil in der Meinung selbst der Gesetzgeber diese Verbote als ein den Aerzten zu ihren Gunsten verliehenes Monopol die im Beistandszwang liegende Gegenforderung völlig rechtfertigten. Daß das Monopol zu Gunsten des Publikums, nicht der Aerzte geschaffen war, ist freilich damals von ministerieller Seite eingestanden worden. R. D. R. 1869, I., p. 329 – 330.

[19] R.St.G.B. §. 360. 10) „Mit Geldstrafe bis zu 150 Mark „oder mit Haft wird bestraft, wer bei Unglücksfällen oder gemeiner „Gefahr oder Noth von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter „zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, — —."

[20] Aerztliches Vereinsblatt für Deutschland; Leipzig 1877, p. 198 und 231; 1878, p. 35, 50, 51, 64. Nicht Verweigerung des Beistandes, sondern Schwierigkeiten seitens der Polizeibehörden, als die Aerzte ihren Anspruch auf Belohnung gegen die Behörde erhoben, haben in den mir bekannten Fällen zu der weitergehenden, auch die Beistandspflicht hereinziehenden Erörterung zwischen Aerzten und Aemtern geführt. Unter dem 15. Dezember 1877 haben die beiden preußischen Ministerien des Innern und der geistlichen, Unterrichts- und Medizinalangelegenheiten in einem besonderen Fall einen Entscheid gegeben, der nicht bloß die Anrufung des §. 360 gegen Aerzte vollkommen für richtig erklärt, sondern auch, trotz der Verwahrung gegen Verallgemeinerung, deutlich zeigt, daß sie anerkennen, die den §. 360 anrufende Behörde hafte für die Belohnung des zur Hilfeleistung gezwungenen Arztes.

längst für abgeschafft gehaltenen Beistandszwanges nach §. 200 des preußischen Strafgesetzbuches.

Ich finde, die ganze Erregung beruht eben darauf, daß man die breite Kluft zwischen der alten und der neuen gesetzlichen Bestimmung übersehen oder viel zu gering geschätzt hat.

Der §. 360, Ziff. 10 stellt eine allgemeine Bürgerpflicht des Beistands in Nothfällen fest. Er gilt schon deßwegen auch für Aerzte (ebenso für Apotheker), weil §. 144, Abs. 2 der Gew.-O. nur besondere, gegen Medizinalpersonen wegen Beistandsverweigerung zu richtende Strafandrohungen verbietet. Er enthält aber in dieser seiner Anwendung auf Aerzte auch gar nichts Unbilliges. Denn weder der Umstand offenbar, daß für den fraglichen Fall gerade ein Arzt allein oder vorzugsweise zur Hilfe befähigt, noch der, daß seine Leistung eine solche ist, wie er sie regelmäßig gegen Belohnung ausübt, und eine, die meist viel Zeit und Anstrengung erfordern wird, kann ihm einen Anspruch auf Befreiung von der Beistandspflicht begründen. Die Verpflichtung wäre nur dann eine unbillige, wenn das Gesetz ausspräche, daß er ohne Belohnung helfen müsse. Aber von solchem Ausspruch ist Nichts im Gesetze und die Aerzte werden dem Urtheil der Gerichte über diesen immerhin ziemlich nebensächlichen Punkt mit Ruhe entgegensehen dürfen. Die Verpflichtung ist aber auch eine außerordentlich beschränkte gegen früher. Sonst war der Arzt, wenn er nicht Gefahr laufen wollte, straffällig zu werden, genöthigt, jeder Bitte, wenn sie nur recht dringend vorgebracht wurde, zu folgen. Absichtlicher und unabsichtlicher Uebertreibung und Fälschung der Angaben, unbegrenzter Rücksichtslosigkeit zumal der unbemittelten Stände, die ja die Kosten nicht zu fürchten hatten, war er wehrlos durch ein Gesetz preisgegeben, das sich um Sicherung seiner Belohnung nicht im Mindesten kümmerte. Jetzt dagegen ist es ein unpartheiischer Dritter, eine Behörde, die zuerst den Sachverhalt beurtheilt und dann im

Bewußtsein ihrer auch pekuniären Verantwortung die Hilfe herbeiholt. Denn auch das ist zu beachten, daß §. 360, 10) der Polizeibehörde nicht gestattet, ihre Intervention auf eine allgemeinere Form, z. B. die einer ein für allemal giltigen öffentlichen Bezeichnung gewisser in Zukunft möglicher Fälle zu reduziren und gerade damit die von uns geschätzte Garantie zu beseitigen, sondern daß vorausgesetzt ist, bei wirklichen Vorkommnissen trete die amtliche Aufforderung zur Hilfe an den Arzt heran. Ich glaube, damit ist der Beistandszwang gegen Medizinalpersonen zum ersten Mal in diejenigen Grenzen eingeengt, innerhalb deren er gerecht und unentbehrlich ist.

Abweichend von derjenigen der Medizinalpersonen ist die Stellung der Hebammen, zunächst gegenüber dem §. 360, 10) des Strafgesetzbuches. Einmal stimmt es nicht zu unserem Sprachgebrauch, daß man eine unglücklich beendigte Geburt zu den „Unglücksfällen" zähle, und zweitens spricht man nicht von einer „unglücklicher Geburt," ehe die Geburt beendigt ist; zur beendigten Geburt aber wird keine Hilfe mehr verlangt; allerdings wird §. 360 wohl so ausgelegt werden, daß er auch solche Hilfe betreffe, die einzig vermag, ein Unglück zu verhüten.[21]

Aus einem besonderen Anlaß möchte ich noch darauf hinweisen, daß §. 144, Abs. 2 der Gew.-O. (vgl. Anm. 7) weder auf Zwang gegen Hebammen zur Hilfeleistung, noch auf Zwang gegen Apotheker zur Abgabe von Arzneimitteln in Nothfällen bezogen werden kann; das Erste schon deßhalb nicht, weil Hebammen keine Medizinalpersonen sind, das Zweite überdieß nicht, weil jene Abgabe von Arznei-

---

[21] Nach §. 1 der Verfügung des k. w. Ministeriums des Innern, vom 14. Dez. 1871, in Betreff der Anwendung der deutschen Gew.-O. in Württemberg, ist auch Art. 9 der württ. Gew.-O. vom 12. Febr. 1862, betreffend die polizeiliche Nöthigung zur Arbeit und zum Verkauf, in Kraft geblieben. Aber zu den Gewerbetreibenden im Sinne dieser württ. Gew.-O. gehören nach §. 14 zwar die Apotheker, dagegen nicht die Hebammen.

mitteln zweifellos keine „ärztliche Hilfe“ ist. In diesen beiden Richtungen also ist die Geltung des Art. 460 des württ. Strafgesetzbuches und des Art. 37 des württ. Polizeistrafgesetzes von 1839 nicht durch die deutsche Gew.-O. aufgehoben worden. Wohl aber ist das durch die württembergische Gesetzgebung geschehen, nicht ohne Mitwirkung einer irrigen Auffassung des obigen §. 144. Als nämlich mit dem Vorsatz, beide obige württ. Gesetze außer Kraft zu setzen, berathen wurde, welche Theile derselben in das neue württ. Polizeistrafgesetz vom 27. Dez. 1871 hinübergenommen werden könnten, wurde beschlossen, in letzteres allgemein keine Strafbestimmung gegen die in obigen zwei Artikeln genannten Hilfsverweigerungen aufzunehmen, weil solches dem §. 144 der Gew.-O. zuwider wäre.[22] Es kann also auf keinen Abschnitt des württ. Gesetzes vom 27. Dez. 1871 ein gesetzlicher Zwang zur Hilfeleistung gegen Hebammen oder zur Abgabe von Arzneimitteln gegen Apotheker gegründet werden.

IV. Die Zurücknahme der „besondern Genehmigung“ von geprüftem Hilfspersonal.

Für Wundärzte oder Geburtshelfer, die nicht zugleich Aerzte wären, werden, seitdem die Reichsgewerbeordnung

---

[22] Verhandlungen der Württ. Kammer der Abgeordneten von 1870—1872; Beilagen Band I. p. 336 Motive zu Art. 21—29 des Entwurfs des obigen Gesetzes (Art. 29 des Entwurfs ist Art. 32 des Gesetzes vom 27. Dez. 1871 geworden); und daselbst p. 508. Bericht der Justizgesetzgebungskommission zu Art. 21—29 des Entwurfs: „Im Art. 35—38 des Württ. Polizeistrafgesetzes sind Straf-„bestimmungen enthalten, welche gegen Aerzte, Wundärzte, Apothe-„ker und Hebammen wegen — Verweigerung der Hilfe — ge-„richtet sind. Solche Bestimmungen kennt das Deutsche Strafgesetz-„buch und der vorliegende Entwurf nicht, da mit dem „1. Januar 1872 die deutsche Gewerbeordnung und somit auch die „in derselben enthaltenen — — Strafbestimmungen — — §. 144, „Abs. 2“ (durch Druckfehler steht 184, Abs. 2) „— — zur Anwend-„ung kommen werden.“

bei uns in allseitige Wirkung getreten ist (ein kurzes Provisorium hat bis zum Mai 1872 bestanden), keine Prüfungen mehr angeordnet und keine Ermächtigungen ertheilt.[23] Das bei uns vorhandene Personal obiger Art gründet also seine Befugnisse[24] auf die ihm nach württembergischen Gesetzen ertheilte Berechtigung. Darauf scheint sich das k. württ. Ministerium des Innern zu stützen, wenn es, wie geschehen ist,[25] Fälle bezeichnet, in welchen die Genannten die Wiederentziehung der ihnen ertheilten Ermächtigung zu gewärtigen haben; oder sollten diese Wiederentziehungen auch ohnedieß begründet sein? Beides kann ich schwer mit den Bestimmungen der Gew.-O. vereinigen.

---

[23] Bekanntmachung des Kanzlers des Norddeutschen Bundes vom 25. Sept. 1869, betreffend die Prüfung der Aerzte, Zahnärzte, Thierärzte und Apotheker; und

Bekanntmachung des k. württ. Ministeriums des Innern vom 15. Dez. 1871, betreffend die Vornahme einer außerordentlichen Prüfung niederer Wundärzte und Geburtshelfer (im Mai 1872).

[24] Eine ausschließliche Befugniß zu ihrem Gewerbe haben sie allerdings nicht (denn Pfuschen ist frei), wohl aber zur Führung ihrer Bezeichnung, und daneben, wo Taxen bestehen, den alleinigen rechtlichen Anspruch auf die taxmäßige Belohnung ihrer Leistungen; ferner können sie allein vom Staat oder einer Gemeinde mit amtlichen Funktionen betraut werden (Gew.-O. §§. 29, 80, 147).

[25] Verfügung des k. Ministeriums des Innern vom 8. April 1872, betreffend den Einfluß der deutschen Gewerbe-Ordnung auf das Medizinalwesen. §. 6. „Die K. Verordnungen vom 14. Okt. „1830 — und vom 24. März 1858 — sind unter Vorbehalt der „nachstehenden Bestimmungen außer Wirkung getreten: 2) Wenn „Wundärzte, welche nicht zugleich innere Aerzte sind, bei der Ausübung ihres Berufes in auffallender Weise Rückschritte in ihren „Kenntnissen oder ihrer technischen Fertigkeit an den Tag legen, „kann die ihnen ertheilte Ermächtigung auf den Antrag der Kreis„regierung vom Ministerium des Innern beschränkt oder ganz zurück„genommen werden." — Und §. 7. „Die K. Verordnung vom 17. „April 1839, betreffend die Ausübung der Geburtshilfe durch Heb„ärzte, ist unter nachstehendem Vorbehalt außer Kraft getreten: „(Absatz 3). Gegenüber von Geburtshelfern aus der Klasse der

Zunächst ist aus §. 29, Abs. 5 der Gew.-O. (vgl. Anm. 3) nach meinem Erachten zu schließen, daß die Berechtigung dieser unsrer Wundärzte und Geburtshelfer seit dem 1. Januar 1872 nicht blos über das ganze Deutsche Reich sich ausgedehnt, sondern auch die sämmtlichen in späteren Paragraphen bezeichneten Qualitäten einer „Approbation“ im Sinne des §. 29 angenommen hat. Sie „gelten als approbirt.“ Ist doch an keiner Stelle ein Anhalt geboten und auch von Niemanden ein Versuch gemacht worden, das bezüglich der früher in Württemberg ermächtigten Aerzte zu bestreiten, deren Ermächtigung nach württ. Recht auch hat zurückgenommen werden können. In dieser Hinsicht aber stehen in §. 29 die früher ermächtigten Aerzte mit den früher ermächtigten Wundärzten u. s. w. in ganz derselben Linie. Beide haben, wo seit 1872 das Reich Strafandrohungen gegen die Personen des §. 29 ausspricht, gleiche Anwartschaft darauf, wie die später Ermächtigten, beide genießen auch mit letzteren seit 1872 die gleiche Garantie ihrer Stellung durch das Reich.

Die Sicherung der Gewerbetreibenden gegen Entziehung des Rechtes zu ihrem Betrieb ist aber einer der wenigen Gegenstände, die bei Berathung des Gesetzes im Reichstag eingehend verhandelt und aus verschiedenen Gründen möglichst präzis festzustellen versucht worden sind. Die §§. 143, 40 und 53 der Gew.-O. enthalten Alles, was davon für uns von Belang ist.[26]

„niedern Wundärzte bleibt auch die Bestimmung des §. 12 der angeführten K. Verordnung, wonach denselben, wenn sie auffallende „Rückschritte in ihren Kenntnissen oder technischen Uebung machen, „die ertheilte Ermächtigung wieder entzogen werden kann, in Kraft.“

[26] Gew.-O. §. 143. Abs. 1. „Die Berechtigung zum Gewerbe„betrieb kann, abgesehen von Kozessions-Entziehungen und den in „diesem Gesetz gestatteten Untersagungen des Gewerbebetriebs (§ 15, „Abs. 2 und §. 35), weder durch richterliche noch administrative Ent„scheidung entzogen werden.“ (§. 15, Abs. 2 betrifft Betrieb ohne vorherige Genehmigung, §. 35 betrifft kein in §§ 29 und 30 genanntes Gewerbe).

„Unrichtigkeit der Nachweise," auf deren Grund die in §. 29 bezeichneten Approbation ertheilt worden, berechtigt somit allein zu deren Zurücknahme. Soll es darunter etwa einzureihen sein, wenn ein Approbirter „auffallende Rückschritte in seinen Kenntnissen oder technischen Fertigkeiten an den Tag legt?" Ist denn seine heutige Fähigkeit gleichbedeutend mit den Nachweisen, auf Grund deren er ermächtigt worden? oder sagt nicht schon das Wort „Rückschritt" das volle Gegentheil? Aber selbst angenommen, der sich als ziemlich unfähig herausstellende Wundarzt oder Geburtshelfer N. N. sei nicht durch Krankheit, Asotie oder dgl. an Intelligenz oder körperlicher Fähigkeit gesunken, er habe gar keine Rückschritte gemacht, sondern habe von Anfang die nöthigen Kenntnisse und Fertigkeiten gar nicht besessen und es habe sich eben nur die Examensbehörde bezüglich seiner, was ja vorkommt, erheblich geirrt, ohne daß er irgend betrügerische Mittel angewendet hat, — ist das eine Unrichtigkeit seiner Nachweise und nicht vielmehr eine unrichtige Beurtheilung derselben durch die Behörde gewesen? Ist unter den Nachweisen je etwas Anderes, als das vom Kandidaten Beigebrachte zu verstehen?

Ferner §. 40 Abs. 1. „Die in den §§. 29 bis 34 erwähnten „Approbationen und Genehmigungen dürfen weder auf Zeit ertheilt, „noch, vorbehaltlich der Bestimmungen in §§. 53 und 143, widerrufen werden."

Ferner §. 53. „Die in dem §. 29 bezeichneten Approbationen „können von der Verwaltungsbehörde nur dann zurückgenommen „werden, wenn die Unrichtigkeit der Nachweise dargethan wird, auf „deren Grund solche ertheilt worden sind.

„Außer aus diesem Grunde können die in den §§. 30, 32, 33, „34 und 36 bezeichneten Genehmigungen und Bestallungen in gleicher „Weise zurückgenommen werden, wenn aus Handlungen oder Unterlassungen des Inhabers der Mangel derjenigen Eigenschaften, welche „bei der Ertheilung der Genehmigung oder Bestallung nach der Vorschrift dieses Gesetzes vorausgesetzt werden mußten, klar erhellt. Inwiefern durch die Handlungen oder Unterlassungen eine Strafe „verwirkt ist, bleibt der richterlichen Entscheidung vorbehalten."

Ich sehe demnach keine Möglichkeit, wie zwischen der Gew.-O. und der bezeichneten Verfügung des k. württ. Ministeriums des Innern ein Einklang nachzuweisen wäre.

Die „besondere Genehmigung" der Hebammen (Gew.-Ordn. §. 30, vgl. Anm. 4) bildet nicht, wie die Approbation der Medizinalpersonen und der Apotheker, einen neben der Ertheilung des Prüfungszeugnisses bestehenden Akt, sondern ist in der Einhändigung des Zeugnisses enthalten. Der Besitz desselben ist die einzige gesetzlich nothwendige Voraussetzung ihrer Berufsausübung. Daraus wird von namhafter Seite[27] geschlossen, daß trotz ihrer Erwähnung in §. 30 die besondere Genehmigung der Hebammen selbst nicht unter der Voraussetzung des §. 53, Abs. 2, wieder zurückgenommen werden könne; denn der Besitz eines rechtmäßig erworbenen Prüfungszeugnisses könne Niemanden wieder entzogen werden. Demnach wäre die einer Hebamme ertheilte besondere Genehmigung in derselben Weise unwiderruflich, wie die der Medizinalpersonen und der Apotheker.

V. Das Hilfspersonal gegenüber dem württembergischen Gesetz vom 27. Dezember 1871.

In seinem Artikel 32, Ziff. 5, sagt das Gesetz betr. Aenderungen des Polizeistrafrechts, vom 27. Dez. 1871 Folgendes: „Mit Haft bis zu 14 Tagen oder an Geld „bis zu 20 Thalern wird bestraft, wer außer den im „Strafgesetzbuch und im gegenwärtigen Gesetz besonders „bezeichneten Fällen den von den Polizeibehörden zu Verhütung von Gefahren für Leben und Gesundheit von „Menschen erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt."

---

[27] Rönne, Staatsrecht der Preußischen Monarchie, Bd. II., Abth. II., p. 222. — Auch Kah (die deutsche Gew.-O., erläutert u. s. w., p. 49) sagt: „§. 53 betrifft nicht die Befähigungszeugnisse „der im §. 31 bezeichneten Personen (Seeschiffer u. s. w.) und die „hier zwar nicht genannten, aber in gleicher Kategorie stehenden „Prüfungszeugnisse der Hebammen (§. 30)."

Nun ist unbestreitbar, daß, von organisatorischen Bestimmungen und vom Veterinärwesen abgesehen, alle auf dem weiten Gebiet der Medizinalpolizei vorkommenden Anordnungen näher oder entfernter das Ziel haben, Gefahren für Leben und Gesundheit von Menschen zu verhüten; und da solche Anordnungen oftmals auch die Gestalt von Anforderungen an das geprüfte Hilfspersonal annehmen können, so liegt letzterem meines Erachtens die Frage nahe genug, ob ihm denn geradezu jede Last, welche die Behörden medizinalpolizeilich gerechtfertigt finden, bei Strafe einer selbst 14tägigen Haft für den Fall des Zuwiderhandelns auferlegt werden kann. Denken wir z. B. an den Fall einer schweren Epidemie, wo so manche an die Behörden gerichtete Wünsche und Rathschläge auftauchen, wo das Verlangen, in die Thätigkeit des ärztlichen Standes lenkend einzugreifen, Vielen nahe liegt, die sich sonst eben nicht durch besondere Werthschätzung der Aerzte hervorthun. Haben wir gesetzlicherweise zu erwarten, daß in solchem Fall einmal verordnet wird: Bei der Strafe des Art. 32, Ziff. 5, haben von heute an sämmtliche Aerzte täglich zu bestimmten Stunden an den nachstehend ihnen zugetheilten Punkten zu erscheinen, täglich Abends da und da zum mündlichen Bericht über ihre Beobachtungen sich einzufinden, wöchentlich tabellarische Uebersicht des Vorgekommenen einzureichen[28] — und was dergleichen schöne und nützliche Dinge sind, die man alle recht gut durch freiwillige Vereinbarung mit Vielen ordnen kann, die aber mit Zwang Allen aufzuerlegen viel kürzer und — da es Nichts kostet — auch viel angenehmer ist?

Ich kann aber statt eines gedachten Falles aus ungewöhnlicher Zeit einen wirklichen aus dem alltäglichen

---

[28] Die Frage, ob ein praktischer Arzt dem Staat gegenüber die Pflicht habe und gezwungen werden könne, demselben z. B. aus Spitälern Statistik zu liefern, ist in Württemberg bereits aus wirklichem Anlasse verhandelt worden.

Leben nennen, der mir insbesondere zum Anlaß geworden ist, obigen Art. 32 näher zu beachten. Die mehr als 50 in der Stuttgarter Bevölkerung praktizirenden, in keinerlei Dienstverhältniß oder Vertragsbeziehung zu Staat oder Gemeinde stehenden Hebammen sind im vergangenen Jahr aus Anlaß einer vorgekommenen Beistandsverweigerung verwarnt worden, daß sie zur Bestrafung gemäß obigem Art. 32, Ziff. 5 gebracht werden würden, wenn irgend künftig eine von ihnen gegen die ihr gemäß §. 9 ihrer „Dienstanweisung" obliegende, unbedingte Beistandspflicht sich verfehle.[29] Die so handelnde Behörde ist keine staatliche, sondern die städtische Armendeputation gewesen, und

---

[29] Erlaß des K. Ministeriums des Innern vom 19. Dezember 1876. „Dienstanweisung für die Hebammen des Königreichs Württemberg." §. 9. „Die obrigkeitlich bestellten Hebammen müssen „Allen, welche ihrer Hilfe bedürfen, ohne Ansehen der Person und „des Standes jeder Zeit, bei Tag und bei Nacht, willig zu Diensten „sein, und unterliegen, wenn sie ihre Hilfe ohne genügende Ent„schuldigung verweigern, der gesetzlichen Strafe."

Welches Gesetz und welche Strafe, ist nirgends gesagt. Die Bezeichnuug „die obrigkeitlich bestellten" hätte die Armendeputation zu der Vorstellung leiten können, daß hier nur die in öffentlichen Sold genommenen, die Gemeindehebammen zum Unterschied von den andern gemeint seien. Indem sie aber solch' eine Unterscheidung nicht angestellt hat, ist die Armendeputation nur dem durch den ganzen übrigen Erlaß gegebenen Beispiel des k. Ministeriums gefolgt. Eine „Dienstanweisung für die Hebammen des Königreichs Württemberg" legt doch offenbar zu Grunde, daß die sämmtlichen württemb. Hebammen Bedienstete und als solche zu behandeln seien, steht also — und der ganze Inhalt des Erlasses ist in diesem Ton gehalten — genau auf demjenigen rechtlichen Standpunkt, der 1872 durch die Gesetzgebung gänzlich verlassen worden. Vor Einführung der Reichsgewerbeordnung waren in der That alle Glieder des Hilfspersonals in Württemberg, auch die keinen Kreuzer öffentlichen Sold bezogen, dennoch „öffentliche Diener" und als solche einem Disziplinarstrafgesetz und Verfahren unterworfen. (Art. 399, 453 und ff. des württ. Strafgesetzbuchs). Alle sind auch z. B. in dem in Anm. 17 zitirten Art 460 und sonst als „öffentlich aufgestellt" bezeichnet, was mit dem obigen „obrigkeitlich" sehr identisch lautet.

sie hat, wie ich höre, von ihrem Vorhaben wieder Abstand genommen, vielleicht nicht ohne Beziehung zu einer von mir im Medizinischen Korrespondenzblatt der Sache gewidmeten Besprechung. Aber wenn auch in diesem Fall die Betroffenen der untersten Stufe des Hilfspersonals angehören und der Widerspruch zwischen der ihnen angedrohten Bestrafung und der Absicht des Polizeistrafgesetzes leicht, wie ich es oben gethan, nachzuweisen war, ist nicht schon die Größe und lebenslängliche Dauer der Last, zu deren Begründung hier das Gesetz angerufen wurde, Anlaß genug, zu fragen, ob, wenn nicht dieses, so doch Aehnliches in solcher Weise begründet sein könnte? Daß dem nicht so ist, möchte ich zeigen.

Das Gesetz vom 27. Dez. 1871 hat durch Art. 50 und 57 das polizeiliche Verordnungsrecht der Regierung dahin bestimmt, daß neue Verordnungen mit Strafwirkung erlassen (und alte solche längstens binnen fünf Jahren erneuert) werden können, sofern das obige Gesetz oder das Strafgesetzbuch auf solche Verordnungen Bezug nimmt oder sie voraussetzt; und das Gesetz eröffnet durch Art. 32, Ziff. 5 für solche Verordnungen, wie bemerkt, fast das ganze Gebiet der Medizinalpolizei. Allein eine wesentliche Beschränkung bezüglich solcher neuen Verordnungen kommt noch hinzu. Es ist nämlich bei der einleitenden Verhandlung über das Gesetz in der zweiten Kammer durch Uebereinstimmung der Faktoren festgestellt worden,[30] daß vermöge dieses Gesetzes die Regierung künftighin das Recht nicht habe, ohne Verabschiedung mit den Ständen solche „Verordnungen zu erlassen, welche allgemeine, ganze Klassen von Staatsbürgern betreffende Gebote und Verbote enthalten, welche nicht gesetzlich bestanden haben."

Und es ist ferner vor Zustimmung zum Art. 32

---

[30] Württ. Abg. 1870—72, Beilagen-Band I., Abth. I., p. 516, mit dem Zusatz: „Durch den vorliegenden Entwurf wird die erwähnte „Frage im Wesentlichen nach den Ansichten der Kammer entschieden."

Ziff. 5, seitens der zweiten Kammer eine ausdrückliche, allseitig angenommene Verwahrung aus deren Mitte dagegen eingelegt worden,[31] daß „durch diese Bestimmung „die Polizeibehörden die Vollmacht erhalten würden, jede ihnen „billig erscheinende Anordnung zu treffen, welche darauf „berechnet ist, Gefahren für das Leben und die Gesund„heit der Menschen abzuwenden;" vielmehr ist mit stillschweigender Zustimmung der Regierung als die Auffassung der zweiten Kammer von dieser Ziff. 5), (abgesehen von Erneuerung alter Bestimmungen), ausgesprochen worden, daß dieselbe zukünftig erst sich herausstellende Gefahren (z. B. aus dem Versand und Gebrauch neu zu entdeckender explosibler Stoffe), überhaupt nur solche Gefahren betreffen solle, welche man jetzt unmöglich vorhersehen und im Gesetz namhaft machen könne.

Es wird Sache des ärztlichen Standes sein, nachdem er vom Regen in die Traufe, von der Stellung unbesoldeter öffentlicher Diener in die ebenso unangemessene von Gewerbtreibenden gekommen ist, wenigstens darauf zu achten, daß ihm nicht zu den Inkonvenienenzen der neuen Stellung noch Lasten, wie sie die alte mit sich gebracht hat, aufgeladen werden.

VI. Zur neuen württembergischen Medizinaltaxe.

An der Spitze von Titel V. der deutschen Gewerbe-Ordnung (Taxen) steht als Grundsatz,[32] daß polizeiliche Taxen, soweit nicht die Gew.-Ordn. selbst die Ausnahmen

[31] Württ. Abg. 1870—72. Protokollband II., p. 745—746. Reden von Hölder, Mohl und Schmid; und Beilagenband I., Abth. I., p. 339 links, Motive zu Ziffer 5 des Art. 29 des Entwurfs (d. h. Artikel 32 des Gesetzes).

[32] Gew.-O. §. 72. „Polizeiliche Taxen sollen, soweit nicht ein Anderes nachstehend angeordnet worden, künftig nicht vorgeschrieben werden; da, wo sie gegenwärtig bestehen, sind sie in einer von der Ortspolizeibehörde zu bestimmenden, höchstens einjährigen Frist aufzuheben."

bezeichne, künftig nicht mehr bestehen dürfen. Eine dieser Ausnahme aber stellt der §. 80[33] auf, der den Landesregierungen erlaubt, für die Leistungen der in §. 29 bezeichneten Personen Taxen festzusetzen. Der Abgeordnete Dr. Löwe hatte die Aufhebung dieser Befugniß (ausgenommen den Apothekern gegenüber) beantragt, ist aber in der Minderheit geblieben. Von dem somit eingeräumten Rechte Gebrauch machend hat auch die württ. Regierung am 4. Nov. 1875, als sie die bis dahin giltige Medizinaltaxe für aufgehoben erklärte, an deren Stelle eine neue Taxe verkündet (vgl. Anm. 11). Es lohnt aber, wie sich zeigen wird, über die rechtliche Bedeutung dieser Taxe Einiges zu bemerken.

Im Entwurf der Gew.-O. vom 4. März 1869 hatte gestanden:[34] §. 80 „Taxen für die Medizinalpersonen und Apotheker können von den Centralbehörden festgesetzt werden;" und zugleich war vorgeschlagen als §. 164, Ziff. 7. „Mit — wird bestraft, wer bei dem Betriebe seines Gewerbes die von der Obrigkeit vorgeschriebenen oder genehmigten Taxen überschreitet." Daran hat sich in ärztlichen Kreisen die Befürchtung geknüpft, es werde, wenn ein Arzt Forderungen über die vom Staat verkündigte Taxe hinausstellt, darauf die Ziff. 7 des §. 164 angewandt werden. Es sind deßhalb im Reichstag Petitionen eingelaufen und Anträge, noch vor Berathung des §. 80, von Dr. Löwe und Dr. Stephani gestellt worden,[35] daß die Ziff. 7 keineswegs auf ärztliche Taxen Anwendung finden solle. Als nun aber §. 80, Abs. 2, die Gestalt, die wir kennen, erhalten hatte, und die Berathung an §. 164,

[33] Gew.-O. §. 80. „Die Taxen für die Apotheker können durch die Centralbehörden festgesetzt werden — —.

„Die Bezahlung der approbirten Aerzte u. s. w. (§. 29, Abs. 1) „bleibt der Vereinbarung überlassen. Als Norm für streitige Fälle „im Mangel einer Vereinbarung können jedoch für dieselben Taxen „von den Centralbehörden festgesetzt werden."

[34] R. T. R. 1869, Bd. III. p. 100 und 106.

[35] R. T. R. 1869, Bd. III. p. 319 und 446.

Ziff. 7 des Entwurfs (§. 148, Ziff. 8 des Gesetzes) kam, zog Dr. Löwe sein Amendement zurück,[36] da es durch den Beschluß des Hauses zu §. 80 schon erledigt sei. In der That hat in der Versammlung kein Zweifel darüber bestanden, daß der jetzige Inhalt des §. 80, Abs. 2, für sich schon klar genug jede Beziehung zwischen ärztlichen Taxen und §. 148, Ziff. 8, abschneide, und ich führe diesen Punkt überhaupt nicht deßhalb an, weil ich fände, daß er irgend unter Denen, die ihn besprechen, eine Streitfrage bilde,[37] sondern weil erst neuerdings wieder in einem für die württembergische Praxis bestimmten Buche als ganz ausgemachte Sache frischweg das Gegentheil hingestellt ist.[38]

Fassen wir aber statt der Strafbarkeit die verpflichtende Wirkung ins Auge, welche eine über die staatliche Taxe gehende Forderung eines Arztes Dem gegenüber hat, der den Arzt in Anspruch genommen. Ein Beispiel mag die Sache veranschaulichen. Der „Standesverein der Aerzte Oberschwabens" hat „Minimalsätze für ärztliche Bemüh-

---

[36] N. D. R. 1869, Bd. II. p. 771. Dr. Löwe: Ich wollte nur bemerken, daß ich mein Amendement für erledigt erachte durch den Beschluß, welchen das Haus bei §. 80 gefaßt hat, daß ich es also nicht für nothwendig finde, über die Worte: „Auf die Taxe für Medizinalpersonen findet diese Bestimmung keine Anwendung" besonders abzustimmen. Dr. Stephanis Antrag wurde, weil der Antragsteller abwesend war, nicht zurückgezogen und somit abgelehnt; er war sachlich mit Dr. Löwe's identisch.

[37] Z. B. sagt Kah (die Gew.-O., erläutert, Berlin 1877, p. 72): „Die Mehrforderungen der Aerzte bleiben, da ihre Bezahlung zu„nächst der freien Vereinbarung überlassen bleibt, sie somit an die „nur für streitige Fälle eventuell festgesetzten Taxen von vornherein „nicht gebunden sind und deßhalb von einer Taxüberschreitung nicht die Rede sein kann, straflos."

[38] Frisch, die Strafgesetze des Königreichs Württemberg, 1878. Im Verzeichniß der strafbaren Handlungen steht, von dem unrichtigen Citat abgesehen: „Aerzte, Taxenüberschreitung, Gew.-O. §. 148, Ziff. 8, und §. 80; Reg.-Bl. 1875, p. 540. Strafende Behörde: das Oberamt."

ungen" veröffentlicht, darunter für eine eigenhändige, vollständige Sektion 12 Mark. Die staatliche Taxe bestimmt dafür 10 Mark. Das Vereinsmitglied Dr. A. sei an seinem Wohnsitz von N. N. um eine solche Sektion gebeten worden, habe sie ohne weitere Verabredung vorgenommen, berechne sodann 12 Mark und klage auf diesen Betrag, gestützt auf seine Veröffentlichung, weil N. N., auf die staatliche Taxe sich berufend, mehr, als 10 Mark zu zahlen sich weigert. Nach Hrn. Frisch muß Dr. A., wenn die Sache zur Kenntniß des Oberamts kommt, bestraft werden. Nach einem von der staatsrechtlichen Kommission unserer zweiten Kammer am 29. Dez. 1873, also bei Giltigkeit der deutschen Gew.-O. erstatteten, am 7. Jan. 1874 in der Kammer besprochenen, Bericht (Berichterstatter Freiherr v. Schad von Mittelbiberach) über die Medizinaltaxe vom 8. Juli 1869 genießt zwar Dr. A. Straflosigkeit, welche die württ. Regierung nun einmal statuirt habe;[39] aber daß ein Gericht dem Dr. A. den Anspruch auf 12 Mark zuerkenne, ist, wie unter beruhigender Zustimmung der Kammer dargelegt worden, entfernt nicht zu „be-

---

[39] **K. Verordnung vom 8. Juli 1869. §. 2. „In der Privat-„praxis bleibt die Schätzung der ärztlichen Leistung zunächst dem „Uebereinkommen der Betheiligten überlassen.**

„Wo Dienstverhältnisse nicht im Wege stehen —, dürfen Aerzte „und Wundärzte gegenüber von Privaten auch höhere als die in der „Taxe bestimmten Ansätze fordern, soweit sie dieselben zuvor entweder „allgemein oder im einzelnen Falle besonders bekannt gemacht haben."

Geburtshelfer und Hebammen genießen diese Einräumungen nicht. Die Verordnung ist erst ergangen, nachdem im Norddeutschen Bund die dortige Gew.-O. verkündet war, deren Wirkung auf Süddeutschland sich mit Nothwendigkeit geltend machen mußte. — Es mag vielleicht, um Auslegungen, wie die der staatsrechtlichen Kommission gegenüber der „Vereinbarung" der Gew.-O., abzuschneiden, geschehen sein, daß für den bezüglichen Fall in der K. Verordnung vom 4. Nov. 1875 eine andere Ausdrucksweise, als 1869, gewählt worden ist. Es heißt da §. 3, Abs. 2—3 (Abs. 1 ist wie im §. 2 von 1869): „Wo Dienstverhältnisse nicht im Wege stehen, dürfen auch höhere, „als die in der Taxe bestimmten Ansätze vereinbart werden.

fürchten;" das sei gewiß nicht die Absicht der k. Regierung gewesen. Warum es aber nicht die Absicht der Gew.-Ordn. sei und wie denn ihr §. 80, Abs. 2, auszulegen, damit er Arten von Vereinbarung für Aerzte negire, die sonst meines Wissens täglich hundertfach als Vereinbarungen rechtlich gelten, hat der Bericht nicht gesagt.

In der Tagespresse sind freilich mehrfache und überzeugende Beweise für die im Bericht vertretene Anschauung geliefert worden. Der schlagendste von ihnen, den ich anführe, weil er auch in ärztlichen Kreisen hoch angesehen ist, lautet so: Wenn Zwei sich über Etwas vereinbart haben, so erkennt man das eben daran, daß sie darüber einig sind und bleiben; kommen sie dagegen als Streitende vor Gericht, so ist doch sonnenklar, daß von einer Vereinbarung unter ihnen nicht die Rede sein kann; also ist Dr. A.'s Anspruch nach der staatlichen Taxe zu beurtheilen; ja es wäre so selbst dann, wenn er ihn noch mündlich den Angehörigen verkündigt und erst nach deren Zustimmung die Sektion begonnen hätte.

Es wäre zuweit gegangen, wollte ich als Laie in diesen Blättern sagen, was von Derartigem zu halten ist. Das Eine ist jedenfalls sicher, daß in diesem Punkte zwischen dem Reichsgesetz und dem es anwendenden Gerichte für Niemanden, selbst nicht für die württ. Regierung ein Platz ist, um einen maßgebenden Einfluß auszuüben. Ob unsere Gerichte schon derartige Fälle entschieden haben, weiß ich nicht; sicher sind letztere dann vereinzelt und zufällig entstanden; denn daß sie Fragen von so prinzipieller Bedeutung etwa in ernster Weise gemeinsam in die Hand nähmen und mittelst eines Probeprozesses zu endgiltiger

---

„Streitige Fälle werden nach den Bestimmungen der Taxe ent„schieden, wofern nicht ein Uebereinkommen vorliegt, (zu vgl. §. 80, „Abs. 2 der Reichsgewerbeordnung), oder Anstellungsbedingungen „entgegenstehen."

Hier ist also darauf besonders hingewiesen, daß auch in streitigen Fällen ein Uebereinkommen vorliegen kann.

Entscheidung brächten, solcher Bosheit sind Aerzte wohl kaum fähig.

Endlich noch eine Bemerkung über die „neue Medizinaltaxe" von 1875, soweit sie die Leistungen von unbesoldeten Hebammen an Private betrifft. Auch bezüglich ihrer ist die neue Taxe nicht bloß formell neu, besteht nicht etwa bloß in Umrechnung der alten Ansätze in die neue Währung, sondern die neuen Werthe sind wesentlich andere, als die alten. Nun ist zwar der staatsrechtlichen Kommission aufgefallen, daß §. 80 der Gew.=O. Nichts von Zulassung von Taxen für Hebammen sage; sie findet aber dennoch solche trotz §. 72 zulässig, da ja der §. 6 der Gew.=O. (vgl. Anm. 16) „wohl sicher auch solche Bestimmungen der Landesgesetzgebung vorbehalte." Auch die preuß. Regierung lege, wie in Rönne, Staatsrecht, zu lesen, die Sache so aus. — Ich möchte dagegen anführen: Der Entwurf der Gew.=O. enthält die §§. 6 und 73 wesentlich so, wie sie als §§. 6 und 72 in das Gesetz übergegangen sind; nach §. 73 war die Reihe der ihm gegenüberstehenden Ausnahmen aufgeführt, zuletzt §. 80 mit dem Wortlaut: „Taxen für die Medizinalbehörden und Apotheker können von den Centralbehörden festgesetzt werden." Nun ist klar, daß der so lautende §. 80 stark dafür spricht, daß nicht schon §. 6 das Prinzip des §. 73 in seiner Anwendung beschränke, sondern letzteres unbegrenzte Geltung habe mit einziger Ausnahme aller nachstehend aufgezählten Fälle, weswegen man eben den §. 80 noch hinzugefügt, der sonst ganz überflüssig wäre. Die Hebammen sind nach allen Zeichen nur deßhalb in §. 80 nicht erwähnt, vielmehr vergessen worden, weil sie durch ihre Sonderstellung in §. 30 aus dem für sie natürlichen Zusammenhang mit dem übrigen Hilfspersonal gerissen sind. Aber da es Thatsache, daß §. 80 sie nicht erwähnt, so schließt gerade Rönne an der vom Berichterstatter zitirten Stelle,[40] daß trotz dem Entscheid

[40] **Rönne, Staatsrecht d. preuß. Monarchie, Bd. II., Abth. II. p. 223.**

der k. preußischen Regierung die Verkündigung einer Taxe für private Leistungen unbesoldeter Hebammen der Gew.=O. widerspreche.

Ich stelle als Ergebnisse meiner Betrachtung zusammen:

1) Es besteht in Württemberg eine offizielle, aber wesentlich irrige Definition des in Reichsgesetzen vorkommenden Wortes „Medizinalpersonen."
2) Es bestehen in Württemberg Pfuschereiverbote im Widerspruch mit der Gew.=O.
3) Es läßt sich auf kein württembergisches Gesetz mehr eine Verpflichtung von Apothekern zur Abgabe von Arzneistoffen oder von Hebammen zur Leistung ihrer Hilfe gründen.
4) Die amtliche, gegen württembergische Wundärzte und Geburtshelfer gerichtete Drohung, Zurücknahme der ihnen ertheilten besonderen Genehmigung betreffend, widerspricht der Gew.=O.
5) Die Anwendbarkeit des Art. 32, Ziff. 5 des Polizeistrafgesetzes auf Handlungen des geprüften Hilfspersonals ist zufolge der Entstehung dieses Gesetzes eine wesentlich beschränkte.
6) Von strafbarer Taxüberschreitung im Sinne des §. 148, Ziff. 8, der Gew.=O. kann bei Aerzten nicht die Rede sein.*

---

* Anm. der Redaktion. Die vorstehende eingehende Erörterung medizinalpolizeilicher Streitfragen, welche, unseres Wissens die erste zusammenfassende Arbeit über diesen Gegenstand, für die betheiligten Kreise selbst, wie für die Rechtsanwendung und die hiemit befaßten Behörden ebenso werthvoll als instruktiv ist, gibt vielleicht Anlaß zu weiterer Besprechung der behandelten Fragen. Die Redaktion, welche die Vertretung der gewonnenen Resultate selbstverständlich zunächst dem Herrn Verfasser anheimzugeben hat, erklärt sich zur Veröffentlichung weiterer Erörterungen hierüber in dem Archive bereit. Sy.

Inhaltsübersicht.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Obertribunals in Civilsachen.

(Von Herrn Obertribunalrath v. Streich.)

1) Formelles Erforderniß der privatim errichteten (elterlichen) Vermögensübergaben, und Folge der Nichtbeachtung dieser Form.

Am 10. April 1868 wurde folgender Rechtsakt aufgenommen:

D. Oberamt N.

Verhandelt vor dem Waisengerichte.

Josef S. Wittwe will eine Vermögensübergabe an ihre Kinder machen, welche von den Kindern dankbar angenommen wird. Es wird Folgendes festgesetzt:

1) Das Haus und Garten solle der Sohn Johann zum Anschlag von 800 fl. erhalten, dabei aber verbunden sein, seiner Mutter auf seine Kosten zur ebenen Erde noch ein heizbares Wohnzimmer und Küche einzurichten.

2) Für die den verheiratheten Töchtern gegebenen Aussteuern sollen je 100 fl. denselben aufgerechnet werden; die in Amerika befindliche Tochter erhielt Reisekosten von 200 fl., welche derselben gleichfalls aufgerechnet werden müssen.

3) Die Kinder haben die Uebergabsfelder unter waisengerichtlicher Leitung verloost und es erhielten:

. . . . (folgt nun die spezielle Aufzählung der Grundstücke, welche jedem einzelnen Kinde durch das Loos zugefallen sind) . . . . . .

Vorgelesen, anerkannt und unterschrieben:

Die Uebergeberin: Marianne S.

Die Kinder: . . . . .

Zur Urkunde.

Waisengericht:

(folgen die Unterschriften des Schultheißen und zweier Waisenrichter.)

Die S.'schen Kinder haben die ihnen zugefallenen Grundstücke sofort in Besitz genommen und bis jetzt umgetrieben. Doch ist der Eigenthumsübergang in die öffentlichen Bücher nicht eingetragen worden; auch hat, außer der Errichtung des vorerwähnten Geschäfts vor dem Waisengerichte, bezüglich seines Inhalts keine weitere amtliche Thätigkeit, insbesondere kein gerichtliches Erkenntniß stattgefunden, weil nemlich die übergebende Mutter bald nach Aufnahme des Geschäfts dessen Rechtsbeständigkeit bestritt und sich weigerte, den gerichtlichen Eintrag vollziehen zu lassen.

Dieser Umstand veranlaßte die Tochter Marie in Verbindung mit ihrem Ehemann gegen die Mutter Marianne S. auf Anerkennung der Rechtsbeständigkeit des Uebergabe-Vertrags und darauf, daß die Beklagte anzuerkennen habe, daß die Klägerin in Folge desselben Eigenthümerin der ihr zugefallenen Grundstücke geworden sei, gerichtliche Klage zu erheben, welche Klage von dem Kreisgerichtshofe in Rottweil abgewiesen wurde, weil die Vermögensübergabe als eine allgemeine anzusehen, wegen Nichtzuziehung des Notars aber nach Art. 7 des Notariatsgesetzes ungiltig sei. Die Civilkammer des Obertribunals war mit dieser Entscheidung zunächst insoweit einverstanden, daß das streitige Geschäft als eine elterliche Vermögensübergabe mit Wirkung einer Erbtheilung im Sinne der Art. 7 Ziff. 3, Art. 40 und 41 des Notariatsgesetzes und des §. 17 Abs. 1 der Notariatsvollziehungsverordnung vom 14. Juni 1843 sich darstelle. Dagegen hat das Obertribunal weiterhin auch die Frage in den

Kreis seiner Erwägungen gezogen, ob das Geschäft, wenn nicht als öffentliche, so doch als privatim errichtete Vermögensübergabe zu betrachten sei und ob, wenn letzteres der Fall, gleichwohl die in Folge des Geschäfts getroffenen Dispositionen unter den Interessenten keine verbindliche Kraft haben. Das Obertribunal hat diese zweite Frage bejaht und demnach aus folgenden Gründen die erhobene Klage abgewiesen:

Das in Frage stehende Geschäft konnte öffentlich oder privatim errichtet werden. Als öffentliches Geschäft, als welches zunächst die Parteien solches errichten wollten, kann es keine Geltung in Anspruch nehmen, weil die durch Art. 7 des Not.-Ges. vorgeschriebene Zuziehung des Notars, welche unterblieben ist, als wesentliche Form der dort genannten Geschäfte angesehen werden muß. Ebensowenig kann es aber als privatim errichtetes Geschäft, als welches dasselbe unter Art. 40 Abs. 2 des Gesetzes fallen würde, aufrecht erhalten werden. In bestimmtem Gegensatze zu der Realtheilung, welche, wenn sie ohne eingeholte Dispensation und ohne Wissen der Behörde von den Betheiligten privatim errichtet worden ist, bezüglich der ihr zu Grunde liegenden Vereinbarungen nach allgemeinen Grundsätzen und in Ermangelung entgegenstehender Bestimmungen gleichwohl Geltung behalten muß,[1] hat nemlich der Gesetzgeber für Privatvermögensübergaben abweichende Vorschriften gegeben und erschwerende Formen angeordnet. Die Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten zu dem Art. 40 des Not.-Ges. zeigen, daß die für Realtheilungen über Dispensation von der öffentlichen Vornahme gegebenen Vorschriften, welche der Regierungsentwurf, an das Notarialsedikt sich anschließend, auch hier anwenden wollte, nicht für ausreichend erfunden, vielmehr gegen eine Gleichstellung der Privatvermögensübergaben mit Realtheilungen im Hinblick auf die Schutzbedürftigkeit alter Eltern die

[1] Zu vgl. **Reyscher**, Privatrecht Bd. III. §. 699 Ziff. 3.

schwersten Bedenken geäußert wurden. Nach eingehender Berathung wurde deshalb beantragt, die Zustimmung des Gemeinderaths zu solchen Privatvermögensübergaben zu verlangen, und ist sofort die zur Beschlußfassung gestellte Frage, ob die Vermögensübergabe nur dann privatim solle erfolgen können, wenn sämmtliche Betheiligte übereinstimmen und der Gemeinderath seine Genehmigung hiezu ertheilt, von der Kammer ohne Widerspruch bejaht worden.[2]

Dieser Beschluß wurde übereinstimmend mit der jetzigen Fassung des Abs. 2 und 3 des Art. 40 des Not.-Ges. formulirt;[3] die Kammer der Standesherrn erklärte sich hiemit einverstanden[4] und die Regierung hat den Artikel so angenommen und promulgirt.[5] Diese Absicht des Gesetzgebers hat auch den entsprechenden Ausdruck in dem Wortlaut des Gesetzes gefunden, welches im 2. Absatz des Art. 40 sagt: es werde „noch ein Erkenntniß des Gemeinderaths erfordert" und im dritten Absatz von dem „vorgängigen" Erkenntniß der Theilungsbehörde spricht, und erweist sich auch darin, daß in diesen beiden Absätzen das wegen Vermögensübergaben Bestimmte abgesondert in das Gesetz aufgenommen wurde, während bei Gleichstellung derselben mit Realtheilungen eine kurze Einschaltung im ersten Absatz mit den Worten: „und der Vermögensübergaben, welche die Wirkung einer Erbtheilung haben" genügt hätte.[6] Die von dem Gesetz in dem Erforderniß eines gemeinderäthlichen Erkenntnisses vorgeschriebene Form, welche in der von einer Theilung abweichenden Natur des Rechtsgeschäfts einer Vermögensübergabe als eines Geschäfts

---

[2] Verhandlungen der Kammer der Abg. von 1842, Bd. 6 S. 13–19, Kappler, Not.-Ges. S. 244.

[3] Verhandl. der Abg.-Kammer a. a. O. Bd. 16, 1 Beil.-Heft, 3 Abth. S. 453.

[4] Kommiss.-Ber. der Kammer der Standesherrn von 1842 Heft 6 S. 2394, Kammerverhandl. S. 4447 ff.

[5] Verhandl. der Abg.-Kammer a. a. O. B. 16 S. 478.

[6] Verhandl. der Abg.-Kammer von 1842, Bd. 6 S. 22.

unter Lebenden ihren Grund hat, muß aber um so mehr als eine wesentliche angesehen werden, als damit eine causae cognitio durch den zuständigen Gemeinderath verknüpft ist.[7] Hiernach mußte das Rechtsgeschäft vom 10. April 1868, weil der zuständige Gemeinderath seine Zustimmung zur Errichtung desselben nicht gegeben hat, auch als privatim errichtete Vermögensübergabe für ungiltig erklärt werden.

Entscheidung der Civilkammer des Obertribunals vom 18. Okt. 1877 in Sachen Uttenweiler gegen Seifriz.

2) Intestatkodizill oder Vermächtnißvertrag. Unzulässigkeit der Konversion des ersteren Rechtsgschäfts in das letztere.

Die Urkunde vom 11. Oktober 1876 stellt sich äußerlich als ein Intestatkodizill dar. Denn es hat Peter Leiblich in derselben eine auf seinen Todesfall berechnete Willensverordnung, die er „Legat" nennt, niedergelegt; er hat dieselbe als „Testirer" unterzeichnet und nach ihm haben, wie es bei gewöhnlichen schriftlichen Kodizillen vorgeschrieben ist, fünf Zeugen ihre Unterschriften beigesetzt. Da nicht zu vermuthen, daß diese Förmlichkeiten nur zufällig und ohne bestimmte Absicht eingehalten wurden, so weist schon der erste Anblick und die äußere Form der Urkunde auf die Willensmeinung des 2c. Leiblich hin, mittelst derselben ein Legat in schriftlicher Kodizillsform zu errichten. Diese Willensmeinung wird durch den näheren Inhalt der getroffenen Disposition noch weiter bekräftigt. Nicht blos benennt sich 2c. Leiblich im Kontext der Urkunde nochmals als Testirer, sondern er erklärt auch ausdrücklich, daß den Beklagten in Rücksicht auf ihre bisherigen Dienstleistungen „vor allen seinen Leibeserben ein Legat zukommen solle," daß dieß seine „Willensmeinung" sei und daß darnach „den benannten Erben nach seinem

---

[7] Zu vgl. Bolley, über Vermögensübergaben II. 3 u. 4 S. 25.

Todestag der Schuldschein des Fr. Käppler zukommen solle."

Allerdings wird in der Urkunde, nachdem der Inhalt der getroffenen Bestimmung erstmals aufgeführt ist, mit den Worten fortgefahren, daß ꝛc. Leiblich verspreche, daß Vorstehendes seine Giltigkeit haben solle, daß er es als rechtsgiltig anerkenne und daß es wörtlich gehalten werden solle. Allein im Zusammenhalt mit dem übrigen Inhalt der Urkunde ist diesen Worten keine erhebliche Bedeutung beizulegen; sie lassen sich theils auf die augenscheinliche Unbeholfenheit des Schriftverfassers zurückführen, theils daraus erklären, daß ꝛc. Leiblich wegen der ihm geleisteten Dienste sich verpflichtet fühlte, die Beklagten mit einem Vermächtniß zu bedenken. Jedenfalls kann aus jenen Worten nicht abgeleitet werden, daß ꝛc. Leiblich nicht ein eigentliches Kodizill errichten, sondern vielmehr einen Vermächtnißvertrag habe eingehen wollen. Nicht blos bedürfte es viel bestimmterer Erklärungen, als in den genannten Ausdrücken zu finden sind, um eine vertragsmäßige Verpflichtung dieser Art annehmen zu können,[8] sondern es kommt noch hinzu, daß die Beklagten, welche als die eigentlichen Vertragserben zu betrachten wären, bei der Aufnahme der Urkunde vom 11. Okt. 1876 gar nicht anwesend, also als Kontrahenten nicht thätig waren, und daß es für die Unterstellung, der mitanwesende Vater der Beklagten habe zu Gunsten der letzteren den angeblichen Vermächtnißvertrag mit ꝛc Leiblich eingegangen, an jedem positiven Anhaltspunkte in der Urkunde selbst und den sie begleitenden Umständen mangelt. Erwägt man schließlich noch, daß die Urkunde nicht, wie es andernfalls hätte geschehen müssen, an die Beklagten als die Vertragsberechtigten ausgefolgt wurde, sondern vielmehr, wie es bei privatim errichteten letztwilligen Verordnungen gebräuchlich ist,

---

[8] Zu vgl. Seuffert, Archiv, Bd. 9 Nr. Württ. Archiv, Bd. 17 S. 218 f.

im Besitze des 2c. Leiblich zurückblieb und nach seinem Tod unter dessen Papieren sich vorfand, so wird jeder Zweifel darüber hinfällig, daß 2c. Leiblich ein Legat in schriftlicher Kodizillsform hinterlassen; und nicht einen Vermächtnißvertrag eingegangen hat.

Damit ist aber zugleich auch die Annahme des Unterrichters beseitigt, daß die Urkunde vom 11. Oktober 1876, welche unbestrittenermaßen als Intestatkodizill wegen Mangels der Form nicht zu Recht besteht, als ein an keine Form gebundener Vermächtnißvertrag aufrecht erhalten werden könne. Testamentarische oder kodizillarische Dispositionen sind einseitige, jeder Zeit widerrufliche Willensverordnungen. Von demjenigen, welcher eine solche Verfügung erläßt, kann der Regel nach nicht angenommen werden, daß er sich vertragsmäßig verpflichten und damit auf die Möglichkeit uneingeschränkten Widerrufs habe verzichten wollen. Deßhalb ist die Konversion einer kodizillarischen Verfügung in einen Vermächtnißvertrag nicht rechtlich statthaft, weil das Wollen der ersteren das gleichzeitige Wollen des letzteren, bei dem bestehenden Gegensatze beider, ausschließt.[9] Hat daher, wie oben ausgeführt wurde, der verstorbene Peter Leiblich ein Kodizill beabsichtigt, so kann diese von ihm gewollte letztwillige Verordnung in der Form eines singulären Erbvertrags umsoweniger aufrecht erhalten werden, als Leiblich thatsächlich in keiner Weise zu erkennen gegeben hat, daß seine Verfügung überhaupt auch in einer anderen Gestalt bestehen und gelten solle, als in der augenscheinlich beabsichtigten Form eines Intestatkodizills.

Obertribunalentscheidung in Sachen Leiblich gegen Leiblich vom 23. April 1878.

3) Stillschweigendes Fideikommiß.

Fideikommisse müssen nicht nothwendig mit ausdrücklichen Worten des Disponenten erklärt werden, sondern

[9] Zu vgl. Windscheid Pandekten Bd. I. §. 82 Ziff. 5 N. 14.

es genügt, daß der diesfällige Wille des Verfügenden aus seinen übrigen Anordnungen und aus den Umständen, unter denen sie getroffen sind, mit Sicherheit erkannt werden kann.[10] Trifft diese Voraussetzung für die Anordnung überhaupt und bezüglich der Personen, welche bedacht sein sollen, zu, so ist das Fideikommiß als konstituirt anzusehen, ohne daß es einer weiteren sachlichen Bezeichnung für dasselbe oder einer persönlichen Benennung der Bedachten bedarf.

Obertribunalentscheidung vom 9. April 1879 in Sachen W. gegen v. D.

4) Fideicommissum superfuturi.

Die L.'schen Eheleute hatten ein Testament errichtet, in welchem sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben einsetzten und weiter bestimmten, daß nach ihrem beiderseitigen Ableben die noch vorhandene Verlassenschaft in zwei gleiche Theile getheilt und des Mannes Theil an dessen landesrechtliche Erben, der Antheil der Frau theils an deren gesetzliche Erben, theils an andere Verwandte übergehen solle. Beim Vorabsterben eines Gatten solle eine Inventarisation nicht vorgenommen und dem überlebenden Theil das ganze Vermögen unbeschränkt zum Verwalten nach seinem Ermessen überlassen werden.

Die Ehefrau starb zuerst, worauf dem Wittwer das ganze vorhandene Vermögen mit allen Rechten und Verbindlichkeiten von der Theilungsbehörde zugewiesen wurde. Im Jahr 1877 starb auch der L.'sche Ehemann; sein Nachlaß wurde dem Testamente gemäß vertheilt. Er hinterließ ein reines Vermögen von 6977 ℳ.; einige Jahre vor seinem Tode hatte er aber an seine Verwandte drei beträchtliche Schenkungen von 1600 fl., 1500 fl. und zweimal 1000 fl. gemacht. Diese Schenkungen wurden von der

[10] Zu vgl. Windscheid Pandekten §. 663 und bes. §. 633 Note 10.

Erbin der verstorbenen Ehefrau als dolos und der wahren Absicht des Testamentes zuwiderlaufend angefochten und weiterhin geltend gemacht, wenn diese Schenkungen nicht erfolgt wären, wäre das Nachlaßvermögen um 8742 ℳ. größer, die Klägerin, welcher laut Testament 1/4 der Erbschaft gebühre, sei daher um 1/4 von 8742 ℳ. = 2185 ℳ. verkürzt und habe diesen Betrag von den Testamentserben des Ehemanns zu fordern. Die letzteren als Beklagte läugneten die dolose Absicht ihres Erblassers und wendeten außerdem ein, daß ein fideicommissum superfuturi vorliege und bei solchem der Fiduciar bis zu 1/4 des Fideikommißvermögens frei zu verfügen das Recht habe. Das Gericht I. Instanz hat die Klage abgewiesen und das Obertribunal dieses Erkenntniß bestätigt aus folgenden Gründen:

Mit Recht hat der Unterrichter angenommen, daß die von den L.'schen Eheleuten unterm 12. Mai 1858 errichtete letztwillige Verordnung als ein gemeinschaftliches Testament zu betrachten und demgemäß in keinerlei Beziehung nach Analogie der Erbverträge zu behandeln sei.[11]

Davon ausgegangen hat der vorige Richter mit Grund die in diesem Testamente getroffene Verfügung, wornach der Verlassenschaftsantheil der vorverstorbenen Ehefrau deren Erben und Verwandten zufallen solle, als ein den letzteren zugewandtes fideicommissum superfuturi aufgefaßt, auf welches die gesetzlichen Vorschriften der Nov. 108 cap. 1 Anwendung finden.[12]

Die Novelle 108 bestimmt, daß der Fiduciar eines fideicommissum, quod supererit, dem Fideikommissar 1/4 der Erbschaft hinterlassen, über die weiteren 3/4 frei zu verfügen und in gewissen Ausnahmsfällen auch das letzte Viertel anzugreifen das Recht haben solle. Diese Bestim-

[11] Zu vgl. Württ. Archiv Bd. XIII. S. 414 und 418.

[12] s. Sarwey, Monatschrift Bd. II. S. 425. Bolley, Beitrag zur Lehre von den korrespektiven Testamenten S. 5, 19 und 32.

mung darf nicht dahin ausgelegt werden, daß auch solche Verfügungen und Veräußerungen, welche innerhalb der freigelassenen Erbschaftsquote sich bewegen, noch mit dem Einwand angefochten werden können, sie seien absichtlich zum Nachtheil des Fideikommissars vorgenommen worden. Aus der Rechtsentwicklung, aus welcher die Novelle 108 hervorging,[13] sowie aus den klaren Worten der Novelle selbst ergibt sich, daß durch das neue Gesetz die beim früheren Rechte in jedem einzelnen Veräußerungsfalle mögliche Bemängelung wegen doloser Absicht des Fiduciars eingeschränkt, beziehungsweise beseitigt und dafür der Grundsatz aufgestellt werden wollte, daß der Fiduciar zwar regelmäßig nicht mehr, wie früher, über die ganze Erbschaft disponiren könne, daß ihm aber auch, wofern er $^1/_4$ der Erbschaft unangetastet gelassen hat, nicht mehr die Einwendung entgegengestellt werden dürfe, er habe in einzelnen die übrige Erbschaft betreffenden Dispositionen zum Nachtheil des Fideikommissars gehandelt. Denn, sagt das Gesetz bezüglich der Veräußerungsbefugniß des Fiduciars über $^3/_4$ der Erbschaft, „licentiam habere eum, his sicut voluerit uti, quemadmodum perfectis dominis competit." s. Nov. 108 cap. 1.

Dem entsprechend ist denn auch in der neueren Doktrin und Praxis der mit allgemeinen Rechtsprinzipien nicht im Widerspruch stehende und durch Zweckmäßigkeitsgründe wohl gerechtfertigte Satz anerkannt, daß bei einem fideicommissum ejus, quod superfuturum est, der Fiduciar $^1/_4$ der Erbschaft dem Fideikommissar zu hinterlassen hat, über $^3/_4$ aber frei und unbeschränkt und ohne auf den Fideikommissar irgend welche Rücksicht nehmen zu müssen, verfügen darf.[14]

---

[13] Zu vgl. l. 70 §. 3, l. 71, 72 Dig. 31. 1. l. 54 Dig. 36. 1. l. 58 §. 7 und 8 eod.

[14] s. Windscheid, Pandekten Bd. III. §. 656 Note 12. Sintenis, Civilrecht, Bd. III. S. 741. Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 115 ff. Seuffert, Archiv, Bd. II. N. 74.

Den gleichen Grundsatz hat in einem früher entschiedenen, bei Volley a. a. O. S. 31 ff. citirten Rechtsfalle auch das Obertribunal schon zur Anwendung gebracht. —

Im vorliegenden Rechtsfalle ist unbestritten, daß der L.'sche Ehemann, als Fiduciar, das gesetzliche Viertel des Nachlasses seiner Frau deren Erben, als den Fideikommissaren, hinterlassen hat.[15] Damit fallen aber nach dem vorhin Bemerkten alle Rechtsfolgerungen dahin, welche aus der angeblich dolosen Absicht abgeleitet werden wollen, die der verstorbene Fiduciar bei den angefochtenen Schenkungen zum Nachtheil der klagenden Fideikommissarien verwirklicht haben soll.

Obertribunalentscheidung in Sachen Schweizer gegen Schall vom 13. Juli 1878.

5) Schenkungsauflage für den Fall des Todes des Beschenkten.

Unterm 15. März 1869 schloß die Wittwe St. einen „Schenkungsvertrag" betitelten Rechtsakt mit ihren beiden Söhnen und dem Pfleger der Kinder ihres verstorbenen Sohnes ab, kraft dessen sie denselben einen großen Theil ihres Vermögens überließ und wobei sie folgende besondere Bestimmung traf: „§. V. d. Für den Fall des Absterbens des einen oder anderen der genannten Enkelkinder soll sein Antheil an der Schenkungsportion auf seine eigenen ehelichen Kinder und in Ermangelung von solchen auf die Geschwister unter Ausschluß der Mutter zu gleichen Theilen erblich übergehen." Nachdem eines der bedachten Enkelkinder ohne Leibeserben verstorben war, klagten die beiden anderen gegen dessen Wittwe auf Herausgabe der Schenkungsportion, welche der Verstorbene seiner Zeit erhalten

Bd. III. N. 82, Bd. VIII. Note 74. Volley, a. a. O. S. 21, 31 und 32. Reuffer, Zeitschrift Bd. II. S. 5.

[15] Das gesammte L.'sche Vermögen mit den angefochtenen Schenkungen betrug 15 719 *M.*; der Nachlaß des L. war 6977 *M.*, also erheblich mehr als $^1/_4$ des Fideikommisses.

hatte. In dem hierüber entstandenen Rechtsstreit handelte es sich hauptsächlich um die rechtliche Auffassung des sog. Schenkungsvertrages überhaupt und der erwähnten Bestimmung insbesondere. Die Civilkammer des Obertribunals trat der klägerischen Anschauung bei und verurtheilte die Beklagten der Klage gemäß.

Der im Streit befindliche Vertrag vom 15. März 1869 ist als ein Geschäft unter Lebenden, als eine gewöhnliche Schenkung zu betrachten. Derselbe ist als Schenkungsvertrag betitelt, die Kontrahenten werden im ganzen Verlaufe des Vertragsinstruments als Schenkgeber und Schenknehmer aufgeführt; als eine gewöhnliche Schenkung wurde das Geschäft auch von der Vormundschaftsbehörde angesehen und behandelt; und endlich entsprechen dieser Auffassung die einzelnen Bestimmungen des Vertrags, aus welchen unzweideutig hervorgeht, daß eine unentgeldliche Zuwendung einzelner Vermögensstücke und deren sofortiger unwiderruflicher Uebergang in das Vermögen des Beschenkten beabsichtigt und vereinbart wurde.

Uebrigens wurde die Schenkung in Betreff eines Theils der Beschenkten mit einer besonderen Bestimmung versehen. Für den Fall des Absterbens von einem der bedachten Enkelkinder ist nemlich in Ziff. V. lit. d. des Vertrags verordnet worden, daß sein Antheil an der Schenkung in Ermangelung eigener ehelicher Kinder auf seine Geschwister unter Ausschluß der Mutter zu gleichen Theilen erblich übergehen solle. Diese Bestimmung ist keine erbrechtliche Verfügung, keine fideikommissarische Anordnung und noch weniger eine Pupillarsubstitution; die Annahme des Einen wie des Andern ist durch den klar ausgedrückten Willen der Interessenten ausgeschlossen. Die fragliche Bestimmung ist vielmehr nichts anderes, als ein Schenkungsmodus, sie enthält die Auflage an den Beschenkten, die Schenkung beim Eintritt des vorgesehenen Falles an einen Dritten herauszugeben. Eine solche Auflage ist gesetzlich zuläs-

sig,[16] und sie wird dadurch nicht unstatthaft, daß die Verpflichtung zur Herausgabe auf den Zeitpunkt des Todes des in erster Linie Beschenkten festgesetzt ist. Wie der Unterrichter mit Recht hervorgehoben hat, gilt die Auflage in diesem Falle als dem Beschenkten gemacht, ihre Vollziehung aber ist eine Pflicht des Erben.[17] Zwar wendet der Anwalt der Berufungskläger ein, die fragliche Bestimmung enthalte nicht eine Schenkungsauflage, sondern einen zwischen der Schenkgeberin und der Beschenkten vereinbarten Vertragspunkt, welcher rechtlich unwirksam sei, weil der Namens der drei Beschenkten handelnde Vormund nicht wechselseitige Verpflichtungsverhältnisse zwischen seinen Pupillen habe begründen können. Allein dieser Einwand beruht auf einer irrthümlichen Auffassung des Sachverhältnisses. Allerdings ist der Vormund beim Abschluß des Schenkungsvertrags anwesend und mitwirkend gewesen; aber seine Thätigkeit war der Natur des Geschäfts zufolge keine andere, als daß er die seinen Mündeln von ihrer Großmutter zugedachte Schenkung in deren Namen angenommen hat. Hiezu war er ohne Weiteres berechtigt, wenngleich die acceptirte Schenkung nach dem Willen der Schenkgeberin mit der mehrgedachten Auflage verbunden war.

Obertribunalentscheidung in Sachen Stierlen gegen Schmidt vom 19. Januar 1878.

6) Befreiung von der Insinuation für Schenkungen der Eltern an ihre Kinder.

Im 13. Bande dieses Archivs S. 445 Note 272 ist bemerkt worden, daß das Obertribunal von dem Grundsatze ausgehe, daß nach Landrecht Thl. III. Tit. 18 R. 3

[16] l. 3 Cod. don. quae sub modo 8, 55; Windscheid, Pand. Bd. II. § 316.

[17] l. 11 und 15 Cod. contr. stip. 8, 38.

für Schenkungen des Vaters an sein einziges Kind oder für Schenkungen an mehrere Kinder von gleichem Betrag die Insinuation kein gesetzliches Erforderniß sei. Gegen diese Thesis ist im 17. Bande dieses Archis S. 160—164 eine Ausführung erschienen. Neuestens war nun aus Anlaß eines Rechtsstreits die fragliche Thesis einer erneuten Prüfung zu unterziehen, wobei auch jene die gegentheilige Ansicht vertretende Ausführung von dem Obertribunal gewürdigt wurde. Das Resultat dieser Prüfung war folgendes:

Die Insinuation von Schenkungen der Eltern an ihre Kinder betreffend, hat das Obertribunal in einer Reihe von Entscheidungen den Satz festgehalten, daß Schenkungen an ein einziges Kind ebensowenig der Insinuation bedürfen, als Schenkungen an mehrere Kinder, wenn es sich um gleiche Beiträge handelt.[18] Dieser Grundsatz ergibt sich zunächst aus dem Wortlaute des Landrechts, welches in dem über die Schenkungen der Eltern an ihre Kinder handelnden Titel (Th. II. Tit. 18 §. 8—9) zwar die Insinuation der sogenannten ungleichen Schenkungen, nicht aber auch diejenige anderer Schenkungen verlangt. Die ausdrückliche Bestimmung des §. 9 des Landesrechts a. a. O., daß die Schenkungen ersterer Art zu insinuiren seien, wäre unnöthig gewesen, wenn das Gesetz davon ausginge, daß sämmtliche Schenkungen von Eltern an die Kinder einer gerichtlichen Insinuation bedürfen; denn der Beisatz, daß die Schenkung „mit Erzählung redlicher Ursachen" vor Gericht gebracht werden solle, konnte für sich die Nothwendigkeit der Bestimmung des §. 9 nicht rechtfertigen, da der Charakter der bloßen Insinuation, im Gegensatze zu einem gerichtlichen Erkenntnisse, mit jenem Beisatze offenbar nicht geändert werden sollte, dieser Beisatz also nur die auch schon in dem vorangehenden §. 7 ausgedrückte Mahnung an die Eltern bedeuten konnte, daß sie

[18] Württ. Archiv Bd. 13 S. 445 Note 272, Bd. 17 S. 160 ff.

bei ihren Schenkungen an die Kinder von redlichen Ursachen, rechtmäßigen Motiven u. s. w. sich leiten lassen mögen. Aus dem Wortlaut des Landrechts ist mithin zu entnehmen, daß die ungleichen Schenkungen gemäß der Vorschrift des §. 9 a. a. O. der Insinuation bedürfen, daß aber, da dieses formelle Erforderniß nicht auch für andere Arten von Schenkungen aufgestellt ist, während die Schenkungen der Eltern an die Kinder überhaupt für zulässig erklärt werden, die sog. gleichmäßigen Schenkungen oder Schenkungen an ein einziges Kind von dem Gebote der Insinuirung ausgenommen sind.

Mit dieser Auslegung der Worte des Gesetzes stimmt dessen Entstehungsgeschichte vollständig überein. Aus letzterer ergibt sich, daß schon das zweite Landrecht die gleichen und ungleichen Schenkungen der Eltern an die Kinder hinsichtlich ihrer formellen Erfordernisse unterschieden und nur für diese, ähnlich wie für die gemeinen Schenkungen, die Nothwendigkeit eines gerichtlichen Erkenntnisses eingeführt hatte.[19] Bei den Verhandlungen, welche der Abfassung des dritten Landrechts vorangingen, wurde aus Veranlassung der Haug'schen Relation das Erforderniß eines förmlichen gerichtlichen Erkenntnisses, eines decretum judicis wie es vom zweiten Landrecht verlangt war, beseitigt und sind demzufolge sowohl in dem jetzigen §. 3 des Landesrechts Th. II. Titel 18, welche Stelle von den gewöhnlichen Schenkungen handelt, als in dem jetzigen §. 9, welcher von den ungleichen Schenkungen der Eltern spricht, die auf „das Gerichtserkenntniß" bezüglichen Worte gestrichen und durch andere ersetzt worden, welche das Erforderniß einer bloßen gerichtlichen Insinuation aufstellen. Hiernach ist die ungleichmäßige Schenkung der Eltern an die Kinder schon im zweiten Landrecht hinsichtlich ihrer formellen Erfordernisse der gewöhnlichen Schenkung gleichgestellt, und ist diese Gleichstellung im dritten

[19] s. Landesrechtsakten von Faber u. Schloßberger S. XXX.

Landrecht der Hauptsache nach festgehalten worden; während im Gegensatze hiezu sowohl das zweite als das dritte Landrecht in Beziehung auf die nicht ungleichmäßigen Schenkungen keinerlei Förmlichkeiten aufgestellt, diese Kategorien von Schenkungen der Eltern an die Kinder also von dem Erfordernisse des gerichtlichen Erkenntnisses und der bloßen Insinuation freigelassen hat. Die von einer anderen Auffassung ausgehende Ausführung im Württ. Archiv, Band 17 S. 160 ff., übersieht, daß weder im zweiten Landrecht noch in den legislatorischen Verhandlungen zwischen dem 2. und 3. Landrecht irgend ein Anhaltspunkt dafür vorliegt, daß auch für die Schenkungen beim Vorhandensein nur Eines Kindes oder bei gleichen Schenkungsbeträgen eine Förmlichkeit beabsichtigt war; auch gelangt die fragliche Ausführung in ihrer Konsequenz zu dem falschen Resultate, als ob für die ungleichmäßige Beschenkung von Kindern nicht die gewöhnliche, sondern eine qualifizirte, dem gerichtlichen Erkenntniß nahestehende, Insinuation vorgeschrieben wäre.

Obertribunalentscheidung in Sachen Stierlen gegen Schmidt vom 19. Januar 1878.

7) Trifft die Bestimmung des Landrechts Th. II. Tit. 18 §. 7—9 auch auf großelterliche Schenkungen zu und in welcher Weise?

a. Hierüber hat sich das Obertribunal in dem in der vorhergehenden Nummer erwähnten Falle folgendermaßen ausgesprochen:

Der zur Klage gebrachte Schenkungsvertrag vom 15. März 1869 bedarf der gerichtlichen Insinuation nicht. Denn einmal ist er, obwohl theilweise die Schenkung der Großmutter an ihre Enkelkinder enthaltend, dennoch als eine Schenkung von Eltern an die Kinder im Sinne des Landesrechts Th. II. Tit. 18 §. 7—9 zu betrachten, weil die Entstehungsgeschichte dieses Abschnittes zeigt, daß das darin in früheren Landrechtsentwürfen mehrfach ge-

brauchte Wort „Vater“ auf den Einwurf: „sed quid de donatione Matrum? Avi?“ bei Abfassung des dritten Landrechts in das allgemeinere Wort „Eltern“ verwandelt worden ist, (s. Faber, Landrechtsakten S. XXXI.) unter welchem Worte sonach hier, wie an anderen Stellen des Landrechts (zu vgl. L.-R. Th. III. Tit. 5 §. 2) auch die Großeltern verstanden werden wollen. Weiter ist aber davon auszugehen, daß der streitige Vertrag, indem er Kinder und Enkel, je nach Stämmen und die letzteren unter sich nach gleichen Kopftheilen berücksichtigt, eine wirklich gleichmäßige Schenkung vorgenommen hat. Den Beklagten, welche dies bestreiten, ist zu entgegnen, daß eine vollkommene gleiche Beschenkung Aller nach Kopftheilen in Wahrheit eine Benachtheiligung der beiden Kinder zu Gunsten der vorhandenen Enkel enthalten, nicht aber eine gleichmäßige Zuwendung an sämmtliche, dem Grade nach verschiedene Descendenten der Schenkgeberin herbeigeführt hätte.

b. In einem anderen Falle Kühner gegen Schüle, wo die Schenkung eines Großvaters an seine Enkel mit Uebergehung des noch lebenden Kindes vorlag, hat sich das Obertribunal mittelst Urtheils vom 12. Mai 1873 folgendermaßen ausgesprochen:

Wenn auch Schenkungen, durch welche Eltern (oder Großeltern) alle ihre Kinder gleichmäßig oder ihr einziges Kind bedenken, von dem Erfordernisse der Insinuation befreit sind, so trifft dies im vorliegenden Falle doch darum nicht zu, weil jene Befreiung jedenfalls nur da eintreten kann, wo zwischen dem Schenker und dem beschenkten Descendenten (Enkel) nicht noch das Kind des Schenkers steht, wo also der beschenkte Descendent an und für sich unmittelbar erbberechtigt gegen den Schenker ist, wie dies einerseits aus der Voraussetzung der gleichen Vertheilung elterlichen Vermögens unter die Kinder, als einer Art von elterlicher Vermögensübergabe oder verfrühter Erbfolge, andererseits aber daraus mit Bestimmtheit her-

vorgeht, daß der Gesetzgeber in §. 8 des Landrechts Th. II Tit. 18 die Verpflichtung der beschenkten Kinder zur Einwerfung des Geschenkten in die Erbtheilung ausschließt.

8) Bestätigung eines Testaments durch nachfolgenden Schenkungs- und Erbvertrag.

Johann Doser von Wachendorf hatte mittelst Testaments vom Jahr 1864 die Tochter seiner Haushälterin, Karoline Fischer, zu seiner Alleinerbin mit der Bestimmung eingesetzt, daß sie seinen Seitenverwandten ein Legat von 548 fl. auszuzahlen habe. Im Jahr 1865 schloß er mit der Fischer einen Vertrag ab, in welchem er derselben seine gesammte Liegenschaft sammt der im Haus befindlichen Fahrniß schenkte, indem er sich selbst die lebenslängliche Nutznießung eines Theils des Geschenkten vorbehielt und worin er bestimmte, daß die Fischer seinen einstigen Nachlaß ebenfalls erhalten solle, übrigens den Seitenverwandten als Legat 548 fl. baar zu bezahlen habe. Des Testamentes war in diesem Vertrage ausdrücklich nicht gedacht, auch wurde dasselbe erst längere Zeit nach dem Absterben des ꝛc. Doser vorgefunden. Nach dem Tode des letzteren erhob dessen (unehelicher) Sohn Anspruch auf die ihm gebührende Intestatportion sowohl an dem Nachlasse selbst, als an demjenigen Betrage, welchen der Erblasser 1865 an die ꝛc. Fischer geschenkt habe; denn das Testament von 1864 sei durch den Vertrag von 1865 widerrufen worden, der letztere aber sei hinfällig, weil er eine Verschenkung des gesammten Vermögens des Schenkers enthalte, wornach die Intestaterbfolge in beiderlei Beziehung Platz greifen müsse. Das Obertribunal hat diesen Anspruch nicht für begründet erkannt; seine Entscheidungsgründe in Absicht auf die fortlaufende Giltigkeit des Testamentes lauten:

Durch das Testament vom 22. Mai 1864 wurde von dem Testirer ausgesprochen, daß in seinem Nachlasse die Testamentserbfolge die Intestaterbfolge ausschließen solle

und gegenüber von Dritten, d. h. gegenüber den Intestaterben, zu denen sich der Kläger zählt, festgestellt, daß die Beklagte die alleinige Erbberechtigte sei. Die Behauptung des Klägers, daß diese Erbesernennung der Beklagten durch den Vertrag vom 22. September 1865 weggefallen oder zurückgenommen worden sei, ist nicht gegründet.

Es ist hergebracht und häufig der Fall, daß die Eltern den Kindern, als Intestaterben, schon zu ihren Lebzeiten mittelst der Vermögensübergabe in der Hauptsache dasjenige zuwenden, was sie ohnedieß dereinst von Todeswegen erhalten würden. Obgleich dieses Geschäft auf die Eigenschaft des künftigen Erben Rücksicht nimmt und eine Antizipation der Erbfolge bedeutet, so ist es doch nur eine Veräußerung unter Lebenden und die Intestaterbrechte der Kinder werden dadurch nicht aufgehoben.[20]

Das Gleiche kann auch zwischen andern Erblassern und Erben, sei es mittelst Vermögensübergabe, sei es mittelst Schenkung oder anderer Geschäfte vorkommen,[21] und hat auch zwischen dem Erblasser Doser und seiner Testamentserbin, der Beklagten, stattgefunden. Im Vertrage von 1865 wurde von dem gesammten dereinstigen Nachlasse des ꝛc. Doser der Beklagten mit Rücksicht auf ihre Eigenschaft als eingesetzte Testamentserbin schon zu Lebzeiten des Testirers das im Vertrage enthaltene Vermögen durch ein Geschäft unter Lebenden zum Zweck ihrer Verehelichung definitiv zugewendet, im Uebrigen aber der Inhalt des Testaments über ihre Ernennung zur Erbin des sonstigen Nachlasses und über das von ihr dereinst zu zahlende Legat lediglich wiederholt. Wäre auch dieser Vertrag ungiltig, so würde dieß die Intestaterbfolge doch nicht herbeiführen. Denn derselbe ruht auf der Basis des Testaments, nach welchem die Erbschaft mit Aus-

[20] Reyscher, württemb. Privatrecht §. 739. Stein, Erbrecht 4. Ausgabe §. 180 ff.

[21] Stein, a. a. O. §. 182. Bolley, Vermögensübergaben §. 36.

schluß der Intestaterben der Beklagten zukommen soll, und hievon ausgegangen, wurde er lediglich zwischen den beiden Interessenten des Testaments, — dem Testirer und der Testamentserbin —, als eine res interna dieser Beiden nur zu dem Zwecke eingegangen, daß die Erbfolge der Beklagten in den im Vertrage beschriebenen Theil des Vermögens wegen ihrer Verehelichung verfrüht, sonst aber der Inhalt des Testaments nicht verändert werden solle; und die Folge seiner Ungiltigkeit wäre nur die, daß dieser Zweck der Kontrahenten rechtlich unerreicht bliebe und die Sachlage die gleiche wie vor dem Vertrage wäre, also das empfangene Vermögen in die Masse des Erblassers zurückzugeben, dagegen aber die Beklagte wie vorher die Testamentserbin sein würde. Das testamentarische Erbrecht der Beklagten ist in den Vertrag nur deßhalb hereingezogen, um eine zweifellose Bestätigung dafür kundzugeben, daß dasselbe neben der gemachten großen Schenkung unter Lebenden fortbestehe, es ist nicht anzunehmen, daß es nach der Absicht des Kontrahenten Doser nicht auch ohne den Vertrag, beziehungsweise beim Mangel seiner Giltigkeit fortbestehen sollte; der Vertrag enthält im Punkte des Erbrechts gegenüber dem Testamente keinen Widerspruch, sondern nur eine größere Befestigung des ertheilten Erbrechts (durch Unwiderruflichkeit) und die vorausgegangene Erbeseinsetzung des Testaments sollte daher durch den Vertrag nicht zurückgenommen, sondern nur bestätigt und verstärkt werden.[22]

Obertribunalentscheidung in Sachen Flad gegen Faiß vom 31. Januar 1878.

9. Rechtliche Bedeutung von Vereinbarungen, auf welche in dem Testamente zweier Ehegatten Bezug genommen ist.

In einer von zwei Ehegatten gemeinschaftlich in

[22] Zu vgl. Bolley, Entwurf eines Gesetzes, betr. Verträge über Erbschaften und Eheverträge Art. 36, a. Abs. 3 (S. 254.)

Testamentsform errichteten letzten Willensverordnung wurde unter die Anordnungen der Frau aufgenommen und als „Folge unserer Vereinbarung" bezeichnet, daß die Verlassenschaft der vorabsterbenden Frau in der Hälfte des bei ihrem Tode vorhandenen Gesammtvermögens bestehen solle; und bei den Anordnungen auf Seite des Ehemanns wurde gesagt, daß die „Verpflichtung" von dem reinen Gesammtvermögen die Hälfte sofort als Fideikommißerbschaft abzugeben, „zwischen beiden Gatten vereinbart sei." Daraufhin wurde in dem über die Giltigkeit des Testamentes ausgebrochenen Rechtsstreit von der einen Seite geltend gemacht, es sei durch rechtlich bindende, in dem Testamente ausdrücklich bestätigte Vereinbarung festgestellt worden, daß die Hälfte des Vermögens die Verlassenschaftsmasse jedes Gatten bilden solle, wogegen von der anderen Seite eingewendet wurde, daß auch diese Testamentsbestimmung wie jede andere als eine widerrufliche zu betrachten sei. Ueber diese Streitfrage hat sich das Obertribunal, wie folgt, ausgesprochen:

Verabredungen pflegen, wie sich aus der Natur der Sache ergibt, jedem gemeinschaftlichen Testamente unter Ehegatten voranzugehen — Verabredungen darüber, wie es nach ihrem Tode mit der Vererbung des gemeinschaftlichen Vermögens gehalten und was darüber im Testament bestimmt werden solle. Derartige Besprechungen und Beredungen zwischen den testirenden Eheleuten geschehen lediglich zum Zweck der Errichtung des Testaments; sie sollen zur Grundlage des gegenseitigen Testamentes werden und lösen sich wieder auf in die testamentarischen Anordnungen des Manns und in diejenigen der Frau, ihre Wirkung ist durch das Testament begrenzt. Sie haben daher keineswegs die Bedeutung eines bindenden Vertrags, wie dies von unserem Landrecht ausdrücklich anerkannt wird, wenn es „solche mit beeder Ehelent vereinbarten Willen beschehene mutuae vel reciprocae dispositiones und gegen einander beederseits gethane Erbsatzungen" in seinen Be-

stimmungen über gemeinschaftliche Testamente der Eheleute anführt und gleichwohl die Widerruflichkeit der letzteren ausspricht.[23]

Dies trifft auch im gegenwärtigen Falle zu und es darf mit Grund angenommen werden, daß die Fischer'schen Eheleute nur die Errichtung eines Testaments beabsichtigt haben und die fraglichen Worte desselben nichts anderes als Vorberedungen in dem bemerkten Sinne bezeichnen wollen, zumal diese Worte vereinzelt in Zwischensätzen kurz hingeworfen, unter die übrigen befehlenden und anordnenden Erklärungen der Eheleute vermengt sind, Zeit und Ort, wie Art und Weise der Vereinbarung nicht angegeben wird und vorausgesetzt werden darf, es habe der Testamentsverfertiger die Formen von Erbverträgen zwischen Eheleuten gekannt, gleichwohl aber das Testament nach Form und Inhalt lediglich als eine letzte Willensverordnung sich darstellt.

Obertribunalentscheidung in Sachen Comberger gegen Fischer vom 7. Mai 1878.

10) Anerkennung der Giltigkeit eines Testaments.

Es ist gesetzliche Regel, daß das Anerkenntniß eines ungiltigen Testaments, mag es im Ganzen ungiltig sein, oder mag ein an sich giltiges Testament ungiltige Anordnungen enthalten, dem Anerkennenden nicht schadet und ihn nicht hindert, es in der Folge als ungiltig anzufechten, es wäre denn, daß er die Ungiltigkeit des Testaments oder seines Inhalts gekannt und im Bewußtsein dessen dasselbe gleichwohl anerkannt hätte. Letzteres aber müßte dem Anerkennenden vom Gegner bewiesen werden und kommt es hiebei auf die Beschaffenheit des Irrthums nicht an.[24]

---

[23] Zu vgl. Landrecht Th. III. Tit. 7 §. 4, Hesse im Rhein. Museum Bd. III. S. 259, 272, Württ. Archiv Bd. XIII. S. 418 und 414.

[24] Dedekind, Anerkenn. ungiltig. letztwillig. Anordn. S. 3

Es wäre daher im vorliegenden Falle Sache des Beklagten gewesen, zu behaupten und darzuthun, daß die Klägerin, als sie „das Testament zum Vollzug anerkannte,"[25] seine Ungiltigkeit gekannt und daß sie es gleichwohl, sei es aus Pietät oder anderen Gründen habe gelten lassen wollen. Dieß ist jedoch nicht geschehen.

Obertribunalentscheidung in Sachen Comberger gegen Fischer vom 7. Mai 1878.

11) Befugniß zur Ablösung von Waldgerechtigkeiten.

In der Gemeinde Königsbronn bestand seit alten Zeiten eine Weide und Laubstreu-Gerechtigkeit auf den vormals zum Kloster Königsbronn gehörigen und jetzt im Besitze des Staats befindlichen Waldungen. Zur Ablösung dieses Rechts hatte die K. Forstdirektion, indem sie die politische Gemeinde, durch welche die Gesammtheit der bürgerlichen Ortseinwohner gesetzlich vertreten werde, als dasjenige Subjekt ansah, welchem die Substanz des Weide- und Streurechts zustehe und welchem daher auch die Kompetenz zur Ablösungs-Anmeldung zukomme, die betreffenden Verträge abgeschlossen. Hiegegen trat jedoch eine größere Anzahl von Einwohnern in K. mit der Behauptung auf, daß ihnen ein selbständiges, von der Gemeinde unabhängiges Weide- und Streurecht zustehe, das sie eben deßhalb auch selbständig zur Ablösung zu bringen, befugt seien. In Folge Widerspruchs Seitens der Staatsfinanz-

13 u. f. 16—18, 21 f. 24. **Bär**, Anerkenn. S. 213 f. **Franke**, zivil. Arch. Bd. 19 S. 187 f. 190 f. Krit. Viertelj.-Schr. Bd. 16, S. 555 f. **Windscheid**, Pand. Bd. 3 §. 566 S. 6.

[25] Die Klägerin hatte der Testamentseröffnung selbst nicht angewohnt, nachher aber „auf Selbstlesen des Testaments" die Erklärung vor Gericht abgegeben, daß sie dasselbe „zum Vollzug" anerkenne. Einige Tage darauf ließ sie die schriftliche Erklärung nachfolgen, daß das Testament wegen verschiedener formeller Mängel angefochten werde.

verwaltung wurden jene Einwohner dahin klagbar, daß letztere ihr Recht behufs dessen Ablösung anzuerkennen habe.

Die Civilkammer des K. Kreisgerichtshofs in Ellwangen als Gericht I. Instanz stellte in ihrem Urtheile zunächst fest, daß das streitige Recht sämmtlichen Ortseinwohnern von Königsbronn zukomme, und sprach sich weiterhin über die angebrachte Klage folgendermaßen aus: Sind sämmtliche Ortseinwohner die Berechtigten, so steht den Klägern, welche nur einen Theil derselben bilden, nicht das Recht zu, für sich allein abzulösen; dieses Recht kommt vielmehr nur der Gesammtheit zu. Dieß ergibt sich klar aus den Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren bei der Berathung des Gesetzes vom 26. März 1873. Der Entwurf Art. 78 (jetzt Art. 79 des Gesetzes) wollte nemlich das für die Feld-Weide aufgestellte Prinzip der markungsweisen Ablösung nicht festhalten und Einzelablösung zulassen, welcher Gedanke durch die Worte: „es steht jedem Verpflichteten oder Berechtigten unabhängig von den anderen Markungsgenossen frei, eine auf Waldboden haftende Weidegräserei oder Streu-Gerechtigkeit zur Ablösung anzumelden," seinen Ausdruck gefunden hat. Die Kommission der Kammer der Abgeordneten anerkannte nun die Richtigkeit des Gedankens, allein sie hielt für solche Fälle, wo die Gesammtheit der Gemeindegenossen berechtigt sei, es für geboten, dem Mißverständniß vorzubeugen, als ob nun jeder einzelne Gemeindegenosse verlangen könnte, daß sein Recht gesondert von dem aller übrigen Genossen abgelöst werde. Sie bemerkte nämlich in ihrem Bericht: „Selbstverständlich kann da, wo die ganze Gemeinde-Genossenschaft berechtigt ist, den einzelnen Gemeinde- oder Markungsgenossen nicht zustehen, für sich allein abzulösen, vielmehr ist es in solchen Fällen immer nur die Gemeinde selbst, welche im Namen der Gesammtheit gegenüber dem Belasteten handelt und über die Ablösung beschließt. Es kommt alsdann die Verwaltung

des Ablösungskapitals den Gemeindeverwaltungs-Organen nach Maßgabe der Vorschrift des Verwaltungs-Edikts zu." Um dießfalls keinen Zweifel bestehen zu lassen, wurde beantragt, im Entwurf die Worte „unabhängig von den anderen Markungsgenossen" zu streichen. Weder jene Motivirung, noch dieser Antrag fand von irgend einer Seite Widerspruch und es sind demzufolge im Gesetz die erwähnten Worte weggeblieben; zu vgl. Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten vom Jahre 1868 Beil. Bd. 1 S. 91, vom Jahre 1870—72 Beil. Bd. 1 S. 159, und Prot. Bd. 3 S. 1487, Verhandlungen der Kammer der Standesherren vom Jahre 1870—72 Beil. Band 2, S. 488, Prot. Band 2, S. 702. Hieraus ist, selbst wenn die Ansicht der Kommission, daß die Gesammtheit der Gemeinde-Genossen von den Organen der politischen Gemeinde vertreten werde, nicht richtig sein sollte, doch so viel ersichtlich, daß der Gesetzgeber, indem er im Art. 79 jedem Berechtigten freistellte, Ablösung seines Weide- oder Laubstreu-Rechts zu verlangen, für solche Fälle, in denen die Gesammtheit der Gemeinde-Genossen das berechtigte Subjekt ist und der einzelne seine Berechtigung nur aus der Angehörigkeit zu dieser Gesammtheit abzuleiten vermag, keine Ausnahme statuiren wollte von dem allgemeinen Grundsatz, wornach zur Verfolgung des Rechts gegen den Verpflichteten nur die Gesammtheit oder die ordnungsmäßig bestellte Vertretung derselben legitimirt ist, daß vielmehr das Gesetz als in dem Sinne verabschiedet anzusehen ist, daß in diesen Fällen Einzelablösung ausgeschlossen sein solle. Die Kläger sind hiernach, soferne ihre Klage *blos die Ablösung* bezweckt, zur Sache nicht legitimirt und demzufolge abzuweisen.

Die Civilkammer des *Obertribunals* trat diesen Ausführungen des Gerichtes erster Instanz darin bei, daß die in Württemberg bestehende Uebung, wornach, wenn die Gesammtheit der Einwohnerschaft einer Gemeinde berechtigt erscheint, nicht der einzelne nutzungsberechtigte Einwohner,

sondern nur das die Gesammtheit vertretende Gemeindeorgan, die betreffende Berechtigung zur Geltung, bezw. zur Ablösung bringen könne, durch den Art. 79 des Gesetzes vom 26. März 1863 eine Aenderung nicht erlitten habe.

Obertribunalentscheidung in Sachen Pulvermüller gegen Königsbronn vom 11. Juli 1877.

12) Eigenthumsrecht an Kanälen und Kanalmauern.

Die Kattunmanufabrik in H. beabsichtigte, eine Mauer, welche zwischen einem ihr gehörigen Garten und dem Brenzkanale sich hinzieht, als ihr Eigenthum zu überbauen und gerieth darüber in einen Rechtsstreit mit der Firma U. und Cie., welche das Eigenthum an der Mauer als eines Bestandtheils des ihr gehörigen Brenzkanales in Anspruch nahm. Diesem Anspruche gegenüber führte die klagende Fabrik aus: der Brenzkanal sei von dem Brenzflusse gespeist und daher, wie dieser, ein öffentliches Wasser; an öffentlichen Gewässern gebe es kein Privateigenthum, ihre Ufer gehören den Anliegern; mithin müsse der streitige Mauerstreifen, da er den Uferrand des klägerischen Gartens bilde, jener Rechtsregel entsprechend zum Eigenthum der Klägerin gehören. Die Civilkammer des Obertribunals trat dieser Ausführung nicht bei, sondern wies durch Urtheil vom 19. Nov. 1877 die erhobene Negatorienklage aus folgenden Gründen ab:

Nach den von dem Obertribunal angenommenen Grundsätzen[26] geht zwar der öffentlich rechtliche Charakter eines fließenden Wassers durch das Graben eines künstlichen Bettes an sich noch nicht verloren, allein das Kanalbett kann in einem solchen Falle gleichwohl im Privat-

[26] Zu vgl. Seuffert, Archiv Bd. XIV. Nr. 201, Bd. XX. Nr. 202, Bd. XXII. Nr. 117; Württ. Archiv Bd. I. S. 262, 263, 269, 273, 274; Bd. II. S. 314, 315; Bd. X. S. 204; Bd. XI. S. 114—119.

eigenthum stehen, weil daraus, daß das Bett eines öffentlichen Flusses eine öffentliche Sache ist, noch keineswegs folgt, daß auch die Gräben, Kanäle und sonstigen baulichen Anlagen, vermittelst welcher das öffentliche Wasser zu Privatzwecken abgeleitet wird, die Eigenschaft eines Privateigenthums verlieren müssen, beziehungsweise nicht besitzen können. Daß nun das in Frage stehende Kanalbett Privateigenthum geblieben oder geworden ist und diese Eigenschaft jedenfalls zur Zeit besitzt, dafür spricht schon der Umstand, daß der Brenzkanal von Anfang an nicht zu irgend welchen Zwecken des öffentlichen Wohles, sondern für eine gewerbliche Anlage, die Betreibung eines Schmelzofens, gegründet wurde. In ähnlicher Weise ist der Kanal seit vielen Jahren benützt worden, so daß er jetzt, von seinem Ausflusse aus der Brenz bis zu seinem Wiedereinfluß, als ein für die manigfaltigsten gewerblichen Zwecke gefaßtes, hergerichtetes und eingebautes Wasser sich darstellt. Diesen örtlichen Verhältnissen vollkommen entsprechend ist der Kanal im geschäftlichen Verkehre als eine der Privatdisposition unterworfene, verkäufliche Sache angesehen und behandelt worden; denn in dem Vertrage von 1828 zwischen A. und M. wurde unter den Kaufsobjekten ausdrücklich der Kanal genannt und in den Verträgen von 1822, 1825 und 1864 wurde das Gleiche damit ausgedrückt, daß hier die „Wassergerechtigkeit," das „Wasserrecht," die Gebäulichkeiten und „Wasserkraft" als Verkaufsgegenstände aufgeführt sind[27]. Endlich ist aber die Eigenschaft des Kanals als eines im Privatbesitze stehenden Gegenstandes in öffentlichen Urkunden, namentlich in dem Primärkataster von H., sowie in dem Maßurkundenhefte von 1874 unzweideutig ausgesprochen und der betreffende Eintrag in der letztgenannten Urkunde von dem Vertreter der Klägerin anerkannt worden.

Ist hiernach davon auszugehen, daß das Bett des

[27] Zu vgl. Seuffert, Archiv Bd. XXII. Nr. 117 S. 169—170.

Grenzkanals wie überhaupt, so namentlich an der in Betracht kommenden Stelle längs des klägerischen Gartens im Privateigenthum steht, so kommt die Präsumtion zur Geltung, daß demjenigen, welchem das Kanalbett als solches gehört, auch die zu dessen Bestand nothwendigen oder seine Erhaltung sichernden, den Kanal bildenden Umfassungsmauern oder Kanalwände zugehören müssen. Es ist dies eine aus der Natur eines Kanalbaues sich von selbst ergebende Schlußfolgerung, die dadurch nicht abgeschwächt wird, daß die Mauer in ihrem streitigen Theile nicht blos dem Kanal, sondern nach dem Vorbringen der Klägerin auch deren Garten zum Schutze dient. Ist Letzteres wirklich der Fall, so kann es in Ermangelung weiterer thatsächlicher Aufklärung nur als eine mittelbare Folge des Kanalbaues angesehen werden, wodurch der begriffliche Charakter der Wandmauer, als eines integrirenden Bestandtheiles des Kanalbettes, nicht geändert wird. Demzufolge gehört die streitige Mauer zum Eigenthum des betreffenden Kanalbesitzers, sie steht mithin nicht im Eigenthum der Klägerin, da diese das Eigenthum an dem Kanal, beziehungsweise an dem Kanalbett sich nicht zuschreibt.

13) Anspruch der cautio damni infecti gegen den dermaligen Besitzer des Gefahr drohenden Grundstücks.

Durch das Ergebniß des gerichtlichen Augenscheins ist dargethan, daß das Grundstück des Klägers durch die dermalige Beschaffenheit der Nachbargrundstücke der Beklagten, welche eine Folge von deren durch ihre Besitzvorgänger vorgenommenen Tieferlegung bis hart an die klägerische Grenze ist, der Gefahr ausgesetzt erscheint, durch Nachstürzen Schaden zu leiden. Es handelt sich somit nicht um die Gefahr, welche während des Grabens selbst aufgetreten oder unmittelbar durch dasselbe entstanden ist, sondern um eine Gefahr, welche als Folge des durch das

Graben herbeigeführten Zustandes des nachbarlichen Grundstücks für den Kläger dermalen besteht. Daß auch wegen einer derartigen Gefahr der Anspruch auf Kaution begründet wird, läßt sich nach l. 24 §. 2 und §. 12, l. 38 §. 1 Dig. damn. inf. 39,2 [28] ebensowenig bezweifeln, als daß der Anspruch auf Sicherheitsleistung in dem Falle, wenn der gefährdende Zustand des Nachbargrundstücks die Folge einer auf solchem ausgeführten vollendeten Anlage ist, nicht gegen denjenigen gerichtet werden darf, welcher bei Ausführung der diesfälligen Arbeiten thätig war, sondern nur gegen den dermaligen Besitzer des gefährdenden Grundstücks, welcher letzteres zu vertreten hat.

Obertribunalentscheidung in Sachen Jeselsohn gegen Schnell vom 17. Mai 1878.

14) Verzicht auf die Forderung einer cautio damni infecti.

Aus dem Umstande, daß der Kläger den Besitzvorgängern der Beklagten gegenüber sich mit deren Versprechen, ihm etwaigen Schaden zu ersetzen, sowie mit den von ihnen getroffenen Schutzvorkehrungen (Errichtung von Schutzmauern) seiner Zeit begnügt hat, kann ein Verzicht auf den nunmehr gegen die Besitznachfolger erhobenen Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht abgeleitet werden. Denn der Kläger hat mit seinem Verhalten keineswegs zu erkennen gegeben, daß er, auch wenn die fraglichen Schutzvorkehrungen als ungenügend sich erweisen sollten, mit jenen allgemeinen Versprechungen, also mit persönlichen Schadensersatzansprüchen gegen die früheren Besitzer, unter Verzicht auf seine gegen die Besitzer des schadendrohenden Grundstücks als solchen ihm zustehenden Rechtsansprüche, sich zu begnügen gemeint war.

---

[28] Zu vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, S. 4, 154, Burkhardt, Erläuterungen der Pandekten, Buch 39 und 40, Th. 2, S. 143, 183, 186—193, 327—330.

Obertribunalentscheidung in Sachen Jeselsohn gegen Schnell vom 17. Mai 1877.

15) Erfordernisse für einen Stückverkauf gemäß Art. 11 des Liegenschaftsveräußerungs-Gesetzes.

a. Bei einer Mehrheit von Stückverkäufen.

Das Gesetz vom 23. Juni 1853 verbietet demjenigen, welcher Grundstücke im Flächengehalt von wenigstens zehn Morgen aus Einer Hand durch Kauf oder Tauschvertrag erworben hat, vor Ablauf von 3 Jahren seiner Besitzzeit mehr als den vierten Theil davon zu verkaufen und erklärt in Art. 12 verbotene Rückkäufe für ungiltig. Erlaubt sind hienach Einzelverkäufe, soweit sie nicht ein Vierttheil des Gesammtbesitzes übersteigen, ungiltig diejenigen, wodurch das Mehr dieses Besitzes durch Verkauf veräußert wird und versteht es sich hiebei von selbst, daß, wenn die Veräußerung von Trennstücken nicht in Einem Vertrag geschieht, bei der Entscheidung über die Frage, ob jene Quote überschritten sei, sämmtliche innerhalb der 3jährigen Frist vorgenommenen Stückverkäufe zusammen zu rechnen sind, wie dies bei der Berathung des Gesetzes von den gesetzgebenden Faktoren ausdrücklich hervorgehoben wurde. [29]

Obertribunalentscheidung in Sachen Strauß gegen Magg vom 31. Januar 1878.

b. Verhältniß der einzelnen Stückverkäufe unter sich.

Wird in mehreren der Zeit nach aufeinanderfolgenden Verträgen das nach Art. 11 des Liegenschaftsgesetzes erlaubte Vierttheil überstiegen, so entscheidet sich die Frage, welche Verkäufe giltig, welche ungiltig sind, nach der

[29] Zu vgl. Kommiss.-Ber. der I. Kammer von 1851—54, Beil. Bd. 3 S. 763, Kommiss.-Ber. der II. Kammer Beil. Bd. 1 S. 977 ff. 1233. Verhandlungen der I. Kammer Bd. 3 S. 958, Verh. der II. Kammer Bd. 6 S. 5487 ff. 4440 ff.

Priorität derselben, da sie, so lange die gesetzliche Grenze nicht überschritten wird, erlaubt und wirksam sind; erst wo diese Grenze beginnt, tritt das Verbot des Gesetzes und die Folge seiner Uebertretung, die Nichtigkeit, ein.

Obertrib.=Entsch. wie vorhin.

c. **Nachträgliche Wiederaufhebung eines abgeschlossenen Stückkaufs.**

Der innerhalb der 3jährigen Frist abgeschlossene Kauf ist im Verhältniß zu den nachfolgenden Verkäufen als ein Stückverkauf im Sinne des Art. 11 des Liegenschaftsgesetzes in Betracht zu nehmen, obwohl derselbe durch Uebereinkunft der Parteien wieder aufgehoben wurde. Denn dadurch ist das Rechtsgeschäft als an sich rechtlich wirksam nicht beseitigt und ungeschehen gemacht; vielmehr wird die Wirkung des Geschäfts durch ein solches Uebereinkommen nur für die Folgezeit aufgehoben und die Sache in den vorigen Stand blos soweit zurückversetzt, als es von den Kontrahenten noch abhängt; eingetretene Folgen, deren Regressirung nicht in ihrer Macht steht, bleiben bestehen, insbesondere Rechte Dritter, die bereits zur Existenz gekommen waren. War der in Frage stehende Stückverkauf abgeschlossen, so bestand er so lange fort, bis er durch gegenseitige Verabredung wieder aufgehoben wurde; der vor dieser Wiederaufhebung zwischen den Parteien abgeschlossene weitere Kauf war aber nach den Verhältnissen, wie sie zur Zeit dieses Vertragsabschlusses bestanden, ein nach Art. 11 des Liegenschaftsgesetzes verbotener und deßhalb nichtiger Stückkauf, der durch die nachträgliche Rückgängigmachung des früheren Kaufs nicht wieder zur Giltigkeit gelangen konnte.[30]

Obertrib.=Entsch. wie vorhin.

[30] Aehnlich verhielte es sich, wenn einer der mehreren Stückverkäufe anfechtbar wäre und in Folge des geltend gemachten Anfechtungsgrundes vernichtet würde. Zu vgl. Wächter, W.P.R. Bd. II S. 653 N. 3, S. 656, Unger, Oest.P.R. Bd. 2 S. 161.

d. Vorbehalt der Regierungsgenehmigung.

Als rechtlich unerheblich ist zu erachten, wenn ein Stückkauf, der das erlaubte Viertheil überschreitet, unter dem Vorbehalt der Regierungsgenehmigung abgeschlossen wurde. Denn diese Genehmigung war ein gesetzliches Erforderniß der rechtlichen Existenz des betreffenden Vertrags; sie verstand sich, wenn ein giltiger Vertrag abgeschlossen werden wollte, ganz von selbst; die Aufnahme jenes Vorbehalts in die Vertragsurkunde ist also bedeutungslos und bildet eine wahre Bedingung nicht.[31] Fehlte daher zur Zeit des Vertragsabschlusses die Erlaubniß der Regierung, so konnte die Beifügung des besagten Vorbehalts diesen Mangel nicht ersetzen und der Vertrag ist nichtsdestoweniger ungiltig. Es ist dies eine nothwendige Folge der Nichtigkeit, welche das Gesetz an die ohne Erlaubniß vorgenommenen Käufe knüpft, wobei es selbstverständlich auch keinen Unterschied macht, ob die Kontrahenten in gutem Glauben gehandelt haben.

Obertrib.-Entsch. wie vorhin.

e. Nichtberücksichtigung der Gebäude.

Nach dem Wortlaut des Art. 11 des Liegenschafts-Gesetzes, welcher durch den Wortlaut des Art. 1 und 6 seine nähere Erläuterung erhält, kommen die in einem Gesammtkauf begriffenen Gebäude bei der Berechnung des nach dem Gesetze zulässigen Wiederverkaufs nicht in Betracht.

Obertrib.-Entsch. wie vorhin.

16) Mäklervertrag. Erfüllung der dem Mäkler hinsichtlich der Person des zu suchenden Käufers gemachten Auflagen.

Dem Kläger M. war von den Beklagten F. der Verkauf ihres Hofguts aufgetragen worden. In dem hierüber

[31] l. 99 Dig. condit. 35, 1. Wächter, W.P.R. Bd. II S. 689.

eingegangene Vollmachtsvertrag wurden die näheren Bedingungen, unter welchen der Verkauf stattzufinden habe, festgesetzt und hiebei bestimmt: Grundbedingung ist, daß der Käufer tüchtige Bürg- und Selbstzählerschaft zu leisten im Stande ist. In der Folge brachte der Kläger einen Kauf um den festgesetzten Preis zu Stande, der indessen nicht zum Vollzuge kam, da der Käufer innerhalb der Reuzeit wieder zurücktrat. Kläger behauptete, daß die Beklagten selbst doloser Weise den Käufer zu seinem Rücktritt bewogen haben und klagte seine Mäklergebühr von 5% des Kaufpreises ein. Die Beklagten entgegneten, daß der Kläger nicht allen Bedingungen des Vollmachtsvertrags nachgekommen sei, sofern die Kaufsurkunde nicht auch die verlangte Bürgschaft enthalte, worauf der Kläger erwiderte, es müsse genügen, daß der von ihm beigebrachte Käufer, worüber Beweis angetreten wurde, nach seinen Verhältnissen im Stande und auch thatsächlich bereit gewesen sei, genügende Bürgschaft zu stellen. Das oberste Landesgericht hat diese klägerische Replik nicht für erheblich erachtet, vielmehr die Klage aus folgenden Gründen abgewiesen:

Zu den in dem Vollmachtsvertrage dem Kläger zur Pflicht gemachten Anbedingungen gehörte auch die Stellung eines Bürgen durch den Käufer für den Kaufpreis. Denn wenn im Texte dieses Vertrags, nachdem zuvor die verschiedenen Möglichkeiten des Verkaufs, im Ganzen oder im Einzelnen, mit und ohne die Fahrniß, nebst dem Limito der Preise und die hienach verschiedene Gestaltung der Mäklergebühr des Klägers abgehandelt ist, gesagt wird: „Grundbedingung alles Vorhergegangenen ist, „daß der Käufer tüchtige Bürgschaft in Eigenschaft „der Selbstschuldner- und Selbstzählerschaft zu leisten „im Stande ist," so wollte hiemit neben der in dem Werthe der Kaufsobjekte liegenden Deckung noch eine Bürgschaft für den Kaufpreis anbedungen werden. Dieß erklärt sich nicht blos aus der Sache selbst, weil die

Verkäufer bei der Unsicherheit der Zeitverhältnisse und des Wechsels des Güterwerths, ferner bei der Größe des Kaufobjekts, sowie bei der Ungewißheit, ob nicht der Käufer den Werth der Güter herabbringen würde, sich darauf hingewiesen fühlten, noch eine außerhalb des Käufers liegende Sicherstellung aus den Vermögenskräften eines Dritten zu erhalten, sondern es ergibt sich dieß auch insofern, als in dem obiger Stelle vorausgehenden Texte des Vollmachtsvertrags für den Fall des Einzelverkaufs der Güter ohne die Fahrniß bereits verlangt ist, daß Bürgschaft mit Selbstschuldner= und Selbstzählerschaft geleistet sein müsse, und nicht anzunehmen ist, es werden sich die Beklagten für den Fall, wenn ein Käufer das ganze Hofgut, nebst der Fahrniß (die zu 8000 fl. angenommen war) kaufe, mit einer geringeren Sicherheit und insbesondere damit begnügt haben, daß der Käufer im Allgemeinen blos „im Stande sei," Bürgschaft zu leisten, ohne den Bürgen auch wirklich zu stellen. Ein Käufer, der blos „im Stande" wäre, Bürgschaft zu stellen, ohne dazu dem Verkäufer vertragsmäßig verpflichtet worden zu sein, hätte den Beklagten nicht genügt, weil er von ihnen rechtlich nicht hätte gezwungen werden können, den Bürgen zu stellen, der Zweck jener „Grundbedingung" also nicht erreichbar gewesen wäre, weßhalb dem Käufer im Kaufvertrage die Stellung des Bürgen vorweg anbedungen werden mußte. Aber auch hiemit wäre dem Zwecke noch nicht Genüge geschehen, weil die Pflicht zur Bürgenstellung an sich noch keine Sicherheit gewährt und die Intention der Beklagten bei jener „Grundbedingung" dahin verstanden werden muß, daß in dem Augenblick, wo sie sich gegen den Käufer zur käuflichen Weggabe ihrer Güter obligirten, ihnen gegenüber auch die Gegenobligation des Käufers mit ihrem Accessorium, der Bürgschaft, konstituirt, also der Bürge bei und mit dem Vertragsabschlusse in dem Vertragsinstrumente bestellt werde, ohne daß sie den Käufer erst nachträglich hiezu anhalten lassen zu

müssen genöthigt sein sollten. Die Worte des Vollmachtsvertrags, „daß der Käufer Bürgschaft ꝛc. zu leisten im Stande sei," können daher in Uebereinstimmung mit der täglichen Uebung bei solchen Käufen nur im Sinne der gleichzeitigen wirklichen Stellung des Bürgen ausgelegt werden.

Obertribunalentscheidung in Sachen Mablener gegen Fuchs vom 1. Juni 1877.

17) Nichtaufnahme einer vereinbarten Bedingung in die Liegenschaftsvertragsurkunde.

Hat der Kläger erklärt, er unterzeichne nur, bezw. er kaufe nur, wenn der Beklagte oder sein Gesellschafter die ihm, Kläger, gehörigen Parzellen kaufe, und hat sich der Beklagte hiemit einverstanden erklärt, so ist der im Streit befindliche Liegenschaftsverkauf von den Kontrahenten als ein bedingter Vertrag beabsichtigt gewesen.

Die diese Bedingtheit bezweckende Vereinbarung konnte nicht als eine neben dem Kaufvertrag und außerhalb desselben existirende Uebereinkunft zu Stande kommen;[32] vielmehr muß sie als eine zum Kaufgeschäfte selbst gehörende, weil dessen Existenz bedingende und beim Abschluß des Vertrages vereinbarte Nebenberedung angesehen werden.[33] Nebenberedungen zu einem Liegenschaftskaufvertrage müssen, um giltig zu sein, in die schriftliche Vertragsurkunde aufgenommen werden, sie können, wenn sie nur mündlich vereinbart wurden, der Kaufsurkunde gegenüber keine Beachtung finden, weil das Gesetz davon ausgeht, daß durch deren Unterzeichnung die darin enthaltenen Willenserklärungen als der ausschließliche und allein verbindliche Inhalt des Vertrags von den Vertragschließenden hat anerkannt werden wollen.[34] Zwar kann

[32] Württ. Archiv Bd. XII. S. 239.

[33] Württ. Archiv a. a. O., ferner Bd. X. S. 450 ff.; zu vgl. Windscheid, Pand. Bd. I. §. 85.

[34] Württ. Archiv Bd. X. S. 451—453, Seuffert Archiv Bd. VI. N. 19, Bd. X. N 248.

diese gesetzliche Präsumtion in dem Falle ausgeschlossen werden, wenn dargethan wird, daß ein Kontrahent im Irrthum über den Inhalt einer Urkunde dieselbe unterzeichnet hat; allein zu diesem Nachweis ist das klägerische Vorbringen nicht im geringsten geeignet. Denn der Kläger befand sich nach seiner eigenen Behauptung nicht in Unkenntniß dessen, was er unterzeichnete; er wußte insbesondere noch vor der Unterzeichnung, daß die angebliche mündliche Vereinbarung in die schriftliche Vertragsurkunde nicht aufgenommen war. Wenn er letztere dessen ungeachtet unterzeichnete, so hat er sich den Eintritt der Gesetzesfolgen selber zuzuschreiben, da er ja wissen mußte, daß die nur mündlich vereinbarte Nebenredung unverbindlich sei.[35] Hiernach kann die Einwendung des klägerischen Anwalts, daß wenn die behauptete Vereinbarung wirklich getroffen worden, die schriftliche Urkunde, so wie sie jetzt vorliegt, die wahre Willensmeinung der Kontrahenten nicht darstelle, der Vertrag deßhalb unwirksam sei, keine Beachtung finden. Wäre dieser Einwand zuläßig, so könnte die Unverbindlichkeit eines Liegenschaftsverkaufs wegen nicht übereinstimmender Willenserklärung in allen Fällen behauptet werden, wo das schriftliche Vertragsinstrument mit den mündlichen Beredungen nicht völlig übereinstimmt. Allein dies würde dem Sinn und der Absicht des Gesetzes vom 23. Juni 1853 vollkommen zuwiderlaufen. Indem dieses Gesetz sowohl für die essentiellen Bestandtheile eines Liegenschaftskaufs, als für die ihm beigegebenen Nebenbestimmungen das Prinzip der Schriftlichkeit aufstellte, hat es die in die Kaufsurkunde aufgenommene Willenserklärung für den allein und ausschließlich verbindlichen Inhalt des Vertrags erklärt, von welcher Regel nur dann eine Ausnahme zuzulassen ist, wenn in Folge von Irrthum oder Zwang in der Unterzeichnung der Urkunde von Seiten eines der Kontrahenten die Anerkennung ihres Inhalts nicht mehr gefunden werden kann.

[35] **Württ. Archiv, Bd. XVII. S. 171.**

Obertribunalentscheidung in Sachen Landwehr c. Lehmann vom 29. Jan. 1878.

18) Unwirksamkeit eines Liegenschaftsverkaufs wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung des Vertrags.

Am 17. Sept. 1877 war dem Kläger K., der schon seit einiger Zeit im Verdachte der Ueberschuldung stand, von dem Gemeinderath jede Veräußerung untersagt worden, am 20. d. M. erfolgte die oberamtsgerichtliche Anordnung der Vermögensuntersuchung; ehe jedoch diese Maßregel dem K. eröffnet worden war, hatte derselbe am 22. Sept. sein Anwesen an den Beklagten B. verkauft. In Ziff. 5 des Verkaufs war bestimmt, daß der Bezug der Wirthschaft am 10. Oktober 1877 erfolgen solle. In Folge dessen wurde die Vornahme der Vermögensuntersuchung gegen K. sistirt und das Amtsnotariat nebst dem Gemeinderath G. mit der außergerichtlichen Erledigung der Schuldensache beauftragt. Das Schultheißenamt G. schlug sodann den K.'schen Gläubigern ein Arrangement vor, welchem diese Gläubiger mit Ausnahme von Dreien beigetreten sind. Mittlerweile, nemlich am 3. Oktober, hatte aber der Käufer B. den Vertrag gekündigt, worauf der Verkäufer, indem er sich erbot, dem Käufer die Kaufsobjekte zu übergeben, am 12. Okt. v. J. gerichtliche Klage gegen denselben auf Vertragserfüllung und Zahlung des verfallenen Kaufschillings erhob. Diese Klage wurde von dem obersten Landesgerichte aus folgenden Erwägungen verworfen:

Der Beklagte hatte bei seiner Einwilligung in den Kaufvertrag ein besonderes Gewicht darauf gelegt, daß er das von einem scheinbar dispositionsfähigen Manne erkaufte Wirthschaftsanwesen schon in der allernächsten Zeit, nemlich am 10. Okt. v. J., übernehmen, in seinem Interesse benützen und behalten könne. Von dem Kläger ist dießfalls in voriger Instanz selbst angeführt worden,

gerade mit Rücksicht darauf, daß der Beklagte das Anwesen auf den bedungenen baldigen Zeitpunkt übernehmen könne, sei der Kauf abgeschlossen worden; auch in dem Cirkular des Schultheißenamts ist bemerkt, der Beklagte habe sich zu dem hohen Kaufpreise nur verstanden, wenn er das Geschäft sogleich übernehmen könne. Nach der maßgebenden Vertragsurkunde wurde denn auch die Vereinbarung der Kontrahenten so getroffen, als ob die Erfüllung des Verlangens des Käufers gar keinem Anstand unterliegen könnte. Man bestimmte ausdrücklich: „der Bezug der Wirthschaft (durch den Käufer) erfolge am 10. Oktober und von da an gehe das Gebäude in die Gefahr des Käufers über." Davon, daß die Dispositionsfähigkeit des Verkäufers gehemmt sei, daß die Zustimmung seiner Gläubigerschaft vorbehalten werden müsse, findet sich nicht einmal eine Andeutung und in der Kaufsurkunde ist auch nicht erwähnt, daß, wie in dem schultheißenamtlichen Cirkulär gesagt wird, der Beklagte nur für den (bis jetzt nicht eingetretenen) Fall des Zustandekommens des vorgeschlagenen Arrangements an sein Wort gebunden worden sei, vielmehr haben nach der Vertragsurkunde beide Theile den Kauf auf „stet und fest unter Verzicht auf das Reurecht" abgeschlossen und konnte der Beklagte an eine Beschränkung des Klägers in der Veräußerungsfähigkeit und an die hiedurch entstehenden Schwierigkeiten um so weniger denken, als der Ortsvorstand selbst bei dem Kaufe mitgewirkt hatte. Der Kläger behauptet zwar jetzt im Prozesse, der Beklagte habe sich über den wahren Stand der Dinge nicht getäuscht; in voriger Instanz hat jedoch der Kläger dieses Vorbringen nur mit der wegen ihrer Unbestimmtheit offenbar ungenügenden Aufstellung zu begründen gesucht: „dem Beklagten seien die Vermögensverhältnisse des Klägers recht wohl bekannt gewesen und er habe gewußt, daß der Kläger dringend veranlaßt sei, zu verkaufen." In gegenwärtiger Instanz wird beigefügt: „dem Beklagten sei bei Abschluß des Kaufes mitgetheilt

worden, der Kläger sei zwar überschuldet; aber in Folge des Kaufes werde ein Vergleich mit den Gläubigern zu Stande kommen und werde dem Beklagten das Anwesen auf den 10. Oktober übergeben werden." Auch dieses Vorbringen ist nicht erheblich. Denn aus der bloßen Hinweisung auf eine (thatsächlich bestehende) Ueberschuldung und aus dem Abschluß eines Vergleichs mit den Gläubigern mußte der Beklagte die wirkliche Sachlage noch nicht entnehmen; daß aber der Kläger von denjenigen Momenten, welche einen rechtlichen Mangel in der Dispositionsbefugniß des Klägers begründeten, insbesondere von dem ergangenen Veräußerungsverbot in Kenntniß gesetzt worden, hat der Kläger selbst nicht behauptet und thatsächlich begründet. Ueberdieß soll ja auch dem Beklagten nach dem angeführten Vorbringen des Klägers gleichzeitig zugesichert worden sein, daß es ungeachtet der Ueberschuldung des Klägers bei der verlangten Ueberlassung des Anwesens auf den 10. Oktober sein Verbleiben behalte.

Die Erwartungen, an welche der Beklagte seine Einwilligung knüpfte, sind als gescheitert zu betrachten. Der Kläger hoffte auf den Abschluß eines Nachlaßvergleichs mit seinen Gläubigern; von den bekannten Gläubigern sind jedoch jedenfalls drei den auf den Kauf des Beklagten gegründeten Vorschlägen nicht beigetreten und hat sich die Sache so gestellt, daß man im Oktober v. J. nicht wissen konnte und auch heute noch nicht weiß, ob und wann eine bindende Vereinbarung mit den Gläubigern zu Stande kommen werde, ob nicht etwa zunächst der Gant gegen den Beklagten erkannt und vielleicht erst bei oder nach der Schuldenliquidation durch weitere Opfer ein Nachlaßvergleich sich erzielen lassen werde. Der Beklagte hätte also auch, wenn er den Kauf nicht beanstandet und das Anwesen bezogen haben würde, voraussichtlich noch längere Zeit hindurch die Möglichkeit in Aussicht nehmen müssen, daß sein Kauf von der Gläubigerschaft angefochten und die Kaufsobjekte zur Masse gezogen werden.

Ein von derartigen Eventualitäten abhängiges Kaufsgeschäft brauche der Beklagte nach dem geschilderten Verlauf der Sache nicht gelten zu lassen. Die Ueberlassung des Anwesens auf den 10. Oktober und das damit zusammenhängende Vorhandensein derjenigen persönlichen Eigenschaften des Verkäufers, welche zu wirksamer Erfüllung des Vertrags nothwendig gewesen und regelmäßig vermuthet werden dürfen, also die ungeschmälerte Berechtigung des Klägers zu der schon am 10. Oktober zu vollziehenden Disposition über die Kaufsobjekte, — dieß bildete für den Beklagten die auch dem Kläger bekannt gewesene wesentliche Voraussetzung seiner Einwilligung in den Kauf, insbesondere in den (nach der Schilderung des Schultheißenamtes für den Kläger sehr günstigen) Kaufpreis. Haben sich die Voraussetzungen des Beklagten nicht bewährt, so konnte von ihm die Verbindlichkeit des ganzen Geschäfts angefochten werden.[36] Mit der bloßen Uebernahme des erkauften Anwesens unter dem Risiko, vielleicht erst nach längerer Zeit darüber aufgeklärt zu werden, ob dasselbe auch behalten werden dürfe oder wieder zur Verfügung der Gläubiger herausgegeben werden müsse, war dem Beklagten nicht gedient. Wenn sodann auch der Beklagte eine in Folge der beschränkten Dispositionsfähigkeit des Klägers eintretende kleine Ueberschreitung des für eine gesicherte Erwerbung der Kaufsobjekte bestimmten Termins sich wohl hätte gefallen lassen müssen, so konnte ihm doch billigerweise nicht zugemuthet werden, die definitive Entscheidung über die Wirksamkeit seines Kaufs während einer unbestimmten, vielleicht sehr lange dauernden Frist einfach abzuwarten.

Obertribunalentscheidung in Sachen Boger gegen Kicherer vom 12. März 1878.

---

[36] Württ. Archiv, Bd. VI. S. 156 ff.

19) Möglichkeit des Findens im rechtlichen Sinne.

Die Beklagte bestreitet die rechtliche Möglichkeit, daß in den Gelassen des Stuttgarter Bahnhofs von einem Dritten Etwas gefunden werden könne, indem sie geltend macht, daß Alles, was in diesem durch Bedienstete bewachten und nur gegen Eintrittsgeld zugänglichen Raume verloren werde, ohne Weiteres in die Detention der Eisenbahnverwaltung übergehe. Diese Auffassung ist irrthümlich; sie widerspricht ebensosehr den allgemeinen Grundsätzen über Besitzerwerb, als den speziellen Rechtsbegriffen des Verlierens und Findens.

Zunächst leuchtet ein, daß wie auf öffentlichen Plätzen, so auch in geschlossenen oder bewachten Räumen Gegenstände verloren gehen, das ist, ihrem Eigenthümer unabsichtlich und ohne Kenntniß vom Aufenthalt der Sache abhanden kommen können. Daß das Verlieren in den zum Eisenbahnbetrieb gehörigen Lokalen möglich ist, lehrt zudem die tägliche Erfahrung. Eine im rechtlichen Sinne verlorene Sache wird aber von demjenigen gefunden, welcher dieselbe entdeckt, sie sinnlich wahrnimmt und in seine Detention bringt. Dieser Akt des Findens ist ganz der gleiche, ob nun das Fundgut an einem öffentlichen Platze oder in einem geschlossenen Lokale, offen daliegend oder mehr im Verborgenen sich befindend, angetroffen worden sein mag. Es können also Gegenstände überall da gefunden werden, wo sie verloren werden können und sie sind und werden von demjenigen gefunden, der den so eben erwähnten Akt des Findens vornimmt.

Auch das Finden von in Wartsälen verlorenen Gegenständen ist nach diesen Grundsätzen zu beurtheilen. Wartsäle und sonstige Eisenbahnlokalitäten haben darum, weil sie nur gegen Legitimationskarten zugänglich sind und unter Aufsicht stehen, keine davon abweichende Behandlung

zu erfahren. Auch andere Räumlichkeiten wie Konzertsäle, Theater, zeitweise auch öffentliche Wirthschaften sind nur gegen Karten zugänglich, sie werden ebenfalls in gewissem Maße bewacht und doch wird nicht daran gezweifelt, daß das an solchen Orten Verlorene in der gewöhnlichen Weise, nemlich von demjenigen gefunden werden kann, welcher den Gegenstand zuerst entdeckt und an sich nimmt. Bei einer anderen Auffassung müßte der betreffende Wirth, Theaterinhaber, Konzertgeber, als der eigentliche Finder angesehen werden, und käme man damit zu einem Resultate, das juristisch unhaltbar wäre, wie es dem allgemeinen Rechtsbewußtsein widerspricht.

Ein besonderes Verhältniß wird für die Lokalitäten der Eisenbahnverwaltung auch nicht dadurch herbeigeführt, daß sie durch ihre Bedienstete nach verlorenen Gegenständen regelmäßige Nachforschung anstellen läßt und, wie sie behauptet, den allgemeinen Willen hat, alles von den wahren Eigenthümern Zurückgelassene und als verloren zu Betrachtende zu ihrer eigenen Verfügung inne zu behalten. Auch dieser Umstand bildet kein Hinderniß für einen Dritten, derartige Gegenstände mit allen Rechtsfolgen zu finden. Wie vom juristischen Besitze, so kann auch von der den Finderakt bildenden Detention einer Sache nur dann die Rede sein, wenn zu der thatsächlich vorliegenden Verfügungsmöglichkeit über dieselbe noch der Wille hinzukommt, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. Diesen Willen kann die Eisenbahnverwaltung in Absicht auf eine konkrete Sache selbstredend insolange nicht gehabt haben, als ihre Vertreter oder Bedienstete die zurückgelassene, beziehungsweise verlorene Sache nicht bemerkt, gesehen, entdeckt haben. Der bloße allgemeine Wille, die innerhalb der Wartsäle zurückbleibenden und als verloren zu erachtenden Gegenstände in Detention zu nehmen, muß daher rechtlich irrelevant sein, weil und solange nicht die erst mit der Entdeckung des Gegenstandes eintretende Möglichkeit über denselben zu verfügen, vorhanden ist. Wenn nun,

ehe diese Entdeckung Seitens der Organe der Eisenbahnverwaltung gemacht wird, ein Dritter die verlorene Sache wahrnimmt und an sich bringt, so ist dieser als der Finder anzusehen, womit von selbst gegeben ist, daß in den Lokalitäten der Eisenbahnverwaltung auch Dritte, außerhalb dieser Verwaltung Stehende Finderrechte erlangen können.

Obertribunalentscheidung vom 2. April 1878 in Sachen Waser gegen Eisenbahnverwaltung.

20) Klagbarkeit des Finderrechts.

Wer eine verlorene Sache aufnimmt und an sich bringt, thut dies der Regel nach in der Absicht, die Sache zu seiner eigenen Verfügung zu behalten, falls die Nachforschungen nach dem Eigenthümer als erfolglos sich erweisen sollten. Daß insbesondere der Kläger diese Absicht hatte, ist Angesichts der Beschaffenheit des Fundgegenstandes und im Hinblick auf das klägerische Verhalten als unzweifelhaft anzunehmen. Das Haben, Behalten, Benützen einer von dem Eigenthümer nicht reklamirten Fundsache, das Verfügen über einen verlorenen Gegenstand, dessen Eigenthümer trotz wiederholten öffentlichen Aufrufs nicht mehr ermittelt werden konnte, die sichere Aussicht, den Gegenstand für immer behalten zu können, wenn der Eigenthümer auch späterhin sich nicht mehr meldet, all dies hat ein naheliegendes, nicht unerhebliches, pekuniäres Interesse; es ist ein aus dem Finderrechte fließender Vortheil, der im täglichen Leben nicht übersehen zu werden pflegt und dessen Bedeutung in dem Maße steigt, als der Werthsbetrag des fraglichen Objekts ein höherer ist. Dieser Fundvortheile, beziehungsweise dieses nach Gestalt der Sache höchst beträchtlichen Vermögensinteresses würde nun aber der Kläger verlustig gehen, wenn die Beklagte entgegen der Absicht, womit die streitige Fundsache von ersterem ihr übergeben wurde, dieselbe behalten und die Fundvortheile, auf welche nur der Kläger, als der

rechte Finder, Anspruch hat und auf welche er in keiner Beziehung verzichtete, sich selbst aneignen dürfte. In dem Haben dieser Vortheile liegt die derzeitige rechtlose Bereicherung der Beklagten auf Kosten des Klägers, eine Bereicherung, die nach den Umständen des Falles nicht anders ausgeglichen werden kann, als indem die Beklagte zur Herausgabe des Fundgegenstandes an den Kläger verurtheilt wird.[37]

Obertribunalentscheidung vom 2. April 1878 in Sachen Waser gegen Eisenbahnverwaltung.

21) Perfektion eines Expropriationsaktes; Verbindlichkeit desselben für den Exproprianten.

Nach Maßgabe des §. 30 der Verfassungsurkunde ist jedenfalls mit dem Zeitpunkte der Auszahlung der von der expropriirenden Behörde festgesetzten Enschädigungssumme das Expropiationsverfahren zum vollständigen und entgiltigen Abschlusse gekommen. Die dem Exproprianten wegen seiner Mehrforderung vorbehaltene Betretung des Rechtswegs liegt außerhalb des Expropriationsverfahrens. Aus der rechtlichen Natur der Zwangsenteignung folgt, daß mit dem endgiltigen Abschluß des Expropriationsaktes die mit der Enteignung verbundenen Vermögensänderungen von selbst und unmittelbar eintreten, daß also mit der Vollendung dieses Aktes einerseits das Recht der Verfügung über das enteignete Grundstück ohne Weiteres und ohne daß es einer Besitzübertragung an den Exproprianten oder einer Besitzergreifung von seiner Seite bedarf, auf den Exproprianten übergeht und, daß andererseits der Expropriat ein unwiderrufliches Recht auf volle Entschädigung für den ihm enteigneten Vermögenstheil erwirbt. Es ist daher für die Frage der Perfektion recht-

[37] Zu vgl. **Seuffert**, Archiv, Bd. XXI. Nr. 15. **Windscheid**, Pandektenrecht, 4. Aufl. Bd. II. S. 583.

lich ohne Belang, daß der Expropriat nach Abschluß des Expropriationsverfahrens vorläufig noch in der Detention des enteigneten Grundstücks belassen wird und die Erträgnisse desselben bezieht. Nachdem aber die vermögensrechtlichen Wirkungen der Zwangsenteignung bereits eingetreten sind, steht es dem Exproprianten nicht mehr zu, den Expropriationsakt einseitig und gegen den Willen des Expropriaten deßhalb wieder zurückzunehmen, weil die Nothwendigkeit der Abtretung in der Folge hinweggefallen ist. [38]

Obertribunal-Entscheidung in Sachen L. gegen Eisenbahnbaukommission vom 12. Juni 1877.

22) Umfang der Zuständigkeit des Civilrichters in Expropriationsfällen.

a. Die Zwangsenteignung ist ein privatrechtlicher Titel, bezüglich aller Ersatzansprüche, die aus ihr für den Expropriaten und gegen den Exproprianten erwachsen. Dies folgt aus ihrem allgemeinen Rechtsbegriff und ist in dem §. 30 der Verf.-Urk. ausdrücklich dadurch anerkannt, daß der Streit über die Größe der Entschädigung vor den Civilrichter gewiesen ist. Ein Unterschied hinsichtlich der einzelnen Ansprüche, aus denen sich die Gesammtentschädigungssumme zusammensetzt, ist nirgends gemacht; die Zuständigkeit des Civilrichters muß daher immer eintreten, wenn und soweit es sich um einen Vermögensnachtheil handelt, welcher auf die Zwangsenteignung als Ursache zurückzuführen ist. [39]

Obertribunalentscheidung in Sachen Eisenbahnbaukommission gegen Thalhausen vom 15. Okt. 1877.

b. Der Streit über die Summe der Entschädigung wird im §. 30 der Verfassungsurkunde nicht dem Streit über das Recht auf Entschädigung an sich, sondern dem Streit über die Nothwendigkeit der Abtretung

---

[38] Zu vgl. Württ. Gerichtsblatt Bd. XIII. S. 275.

[39] Zu vgl. Württ. Gerichtsblatt Bd. XIII. S. 396.

(über die Zulässigkeit der Expropriation) gegenübergestellt und in dieser Gegenüberstellung wird bestimmt, daß über die Nothwendigkeit der Abtretung der Geheimerath zu entscheiden habe. Der Streit über die Summe der Entschädigung ist also seinem ganzen Umfange nach und ohne Beschränkung an den Civilrichter verwiesen; woraus folgt, daß der letztere im Falle des Streits auch über die Entschädigungspflicht an sich und ihren Umfang zu entscheiden und zu diesem Behufe die, die Entschädigungspflicht begründenden oder ausschließenden und die ihren Umfang erweiternden oder einschränkenden Thatsachen festzustellen und zu würdigen hat. Der Civilrichter hat somit auch darüber zu erkennen, ob eine Expropriation wirklich stattgefunden hat und was expropriirt worden ist, ob die Expropriation perfekt geworden und in Folge davon der Uebergang des Eigenthums an den Exproprianten bereits eingetreten und der Entschädigungsanspruch des Expropriaten bereits erworben ist; und nur die nach öffentlichem Rechte zu beurtheilende Frage von der Gesetzmäßigkeit der Expropriation, (von der Nothwendigkeit der Abtretung) bleibt der Kognition des Civilrichters entzogen. [40]

Obertribunalentscheidung in Sachen L. gegen Eisenbahnbaukommission vom 12. Juni 1877.

23) Zwangsenteignung auf Grund des Anerkenntnisses der Nothwendigkeit derselben Seitens des Expropriaten.

Es begründet keinen rechtlichen Unterschied, ob die Nothwendigkeit der Abtretung durch eine von dem Eigenthümer veranlaßte Entscheidung des Geheimenraths oder dadurch festgestellt wird, daß sich der Eigenthümer der ihm von der zuständigen Verwaltungsbehörde angesonnenen Zwangsabtretung sofort unterwirft. [41]

[40] Zu vgl. Württ. Gerichtsblatt Bd. XIII. S. 274.

[41] Württ. Gerichtsblatt Bd. XIII. S. 273.

Obertribunalentscheidung in Sachen L. gegen Eisenbahnbaukommission vom 12. Juni 1877.

24) Dolose Cession.

Im Mai 1875 verbürgte sich der Beklagte für ein Darlehen des J Schneider bei dem Kläger im Betrage von 2000 fl.; andererseits schuldete der Beklagte selbst dem Schneider mehrere Darlehen von zusammen 550 fl. Der Beklagte war somit für den Fall, daß er die verbürgte Schuld sollte zahlen müssen, für seine Regreßforderung gegenüber dem Hauptschuldner Schneider mit einem Betrage von 550 fl. bereits gedeckt. Nun cedirte aber im Mai 1876 Schneider seine Forderung von 550 fl. an den jetzigen Kläger. Um diese Zeit war dem Cedenten, wie dem Cessionare bekannt, daß der Beklagte demnächst die verbürgte Schuld von 2000 fl. zu bezahlen haben werde ......[42] In der That hat der Beklagte im August und Sept. 1876 die 2000 fl. an den Kläger bezahlt. Es ist also deutlich zu erkennen, daß Schneider und der Kläger, welchem vermöge seines Forderungsverhältnisses zu Schneider und dem Beklagten aus dem Anlehen von 2000 fl., wie nach dem Inhalt der Cessionsurkunde die erheblichen Momente bekannt waren, bezweckt haben, mittelst der Cession den Beklagten unter Abschneidung seiner Kompensationsbefugniß zur Baarzahlung der Anlehensschuld von 550 fl. zu zwingen, und ihm zu überlassen, ob und wie er für den betreffenden Theil seiner Regreßforderung bei dem (laut Vorbringens des Beklagten in schlimmen Vermögensverhältnissen befindlichen) Schneider Befriedigung erlangen könne.

Diese Manipulation war rechtswidrig. Die Zulassung der Kompensation gründet sich auf ein berechtigtes Interesse des Schuldners und wird es rechtlich als eine nicht zu duldende Chikane betrachtet, wenn Jemand genöthigt werden will, das zu bezahlen, was man ihm sofort wieder

[42] Hier werden die Gründe, die für dieses Bekanntsein sprechen, näher dargelegt.

zurückgeben müßte. Zwischen dem Beklagten und Schneider bestand auch schon vor der Zahlung der verbürgten Schuld ein durch die Bürgschaftübernahme gegründetes obligatorisches Verhältniß. Wenn, wie hier geschehen, ein Bürge mit Zustimmung des Hauptschuldners sich dem Gläubiger verpflichtet, so entsteht dadurch zwischen dem Bürgen und Schuldner das Rechtsverhältniß des Mandatsvertrags und sind die sich hieraus ergebenden Rechte und Pflichten der Parteien nach den Grundsätzen über Treue und Glauben zu beurtheilen. Demgemäß kann der Bürge, falls er den Gläubiger bezahlen muß, mit der Mandatsklage von dem Hauptschuldner Ersatz fordern und auch wenn er noch nicht bezahlt hat, stehen ihm eine Reihe von Befugnissen, namentlich auf Befreiung von der Schuld, oder auf Sicherstellung, beziehungsweise auf Beibehaltung der gewährten Sicherheit, gegenüber dem Hauptschuldner zu.[43] Wenn aber, wie hier der Fall, der Cedent und Cessionar dem Schuldner Einreden, beziehungsweise die Kompensationsbefugniß in rechtswidriger Weise mittelst der Cession zu entziehen suchen, so darf der Schuldner durch ein solches Verfahren rechtlich nicht benachtheiligt werden.[44] Der Kläger muß daher die Gegenforderung des Beklagten auch gegen sich selbst gelten lassen und da die Gegenforderung weit größer ist, als beide Klagforderungen sammt Zinsen, so ist unter Abänderung des vorigen Urtheils der auf Bezahlung der Klagforderungen gerichtete Anspruch als ungegründet abzuweisen.

Obertribunalentscheidung in Sachen Freybler gegen Stern vom 4. Sept. 1877.

---

[43] Arndts, Pandekten §. 384 Ziff. 2, Windscheid, Pandekten §. 481, Note 3 und 5, §. 480 Ziff. 3, §. 409 Note 1 und 2, W. Landrecht, Th. II. Tit. 5 §. 7 und 8. Konkursordnung für das deutsche Reich, §. 60 nebst den Motiven zu diesen Paragraphen, Seuffert, Archiv, Bd. 13, N. 238.

[44] Zu vgl. Windscheid, Pandekten §. 332 N. 6, §. 334 N. 1, §. 335 N. 16.

25) Zurückbehaltungsrecht bei Verabredung von Abschlagszahlungen für successive Lieferungen.[45]

Waren Kläger zur Zeit, da vertragsmäßig eine Abschlagszahlung zu leisten gewesen wäre, mit ihren Lieferungen erheblich im Verzug, so war andererseits, weil sie ihrer vertragsmäßigen Verpflichtung noch nicht nachgekommen waren, der Beklagte, welcher nur für das vertragsmäßig gelieferte Quantum zu Abschlagszahlungen sich verpflichtet hatte, nicht verbunden, eine Zahlung zu leisten; er hatte keineswegs, wie die Kläger glauben, das gelieferte Quantum, auch wenn es nicht das vertragsmäßige war, zu bezahlen, und sich dabei auf die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen der eingetretenen Verzögerung zu beschränken. Denn nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann bei zweiseitigen Verträgen nur derjenige vom Gegner Erfüllung fordern, der auch einerseits seinen Verpflichtungen nachgekommen ist, oder sofort nachzukommen bereit ist; wer selbst nicht erfüllt hat oder nur unvollständig erfüllt hat, dem steht, wenn nicht die unvollständige Leistung als Vertragserfüllung angenommen worden ist, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen. Bei Verträgen, welche zu einer allmäligen Lieferung verpflichten, kann daher Bezahlung erst verlangt werden, wenn vollständig geliefert oder die nur theilweise Lieferung als Vertragserfüllung angenommen worden ist. Dies muß auch dann entsprechende Anwendung finden, wenn für die in bestimmten Zeitabschnitten zu prästirenden einzelnen Lieferungen oder eine Mehrheit derselben Abschlagszahlungen je nach einem bestimmten Zeitraume verabredet sind, die einzelnen Leistungen aber doch nur integrirende Theile sind der einen Gesammtleistung, welche durch den Vertrag über-

---

[45] Zu vgl. Württ. Gerichtsblatt Bd. 14 S. 59—61.

nommen wurde [46]. So ist es im vorliegenden Falle; denn die Ausführung des von dem Beklagten übernommenen Bauwesens war, wie die Kläger wußten, darauf berechnet, daß ihm die Steine rechtzeitig in der bedungenen Menge zur Verfügung standen; er hatte sich sogar verpflichtet, sämmtliche erforderliche Quader von ihnen zu beziehen, und, um über sein Interesse an der Einhaltung der Termine und Quantitäten keinen Zweifel zu lassen, überdies die Kläger im Vertrage noch ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sie, wenn sie nicht einhalten würden, den ihm entstehenden Schaden tragen müssen.

Die Kläger bestreiten zwar, daß sie von Anfang an sich im Verzuge befunden haben, weil Beklagter von Anfang an mit der unvollständigen Lieferung sich stillschweigend einverstanden erklärt habe; allein da dies aus der einfachen Annahme der unvollständigen Lieferungen, welche Beklagter, ohne sich zum Mindesten dem Vorwurfe eines unbilligen Verhaltens auszusetzen, gar nicht ablehnen konnte, keineswegs folgt, so ist ihre Behauptung als thatsächlich nicht begründet zu verwerfen.

Obertribunal-Entscheidung in Sachen L. und N. gegen B. vom $\frac{\text{25. April}}{\text{21. Juni}}$ 1877.

26) Auslobung. Vertheilung einer Entdeckungsprämie unter Mehreren, welche zu der beabsichtigten Entdeckung ohne Vereinbarung zusammengewirkt haben.

Aus Anlaß eines im April 1873 im Kameralamtsgebäude zu Crailsheim verübten bedeutenden Diebstahls wurde von Seiten des K. Finanzministeriums mittelst öffentlicher Bekanntmachung „auf die Entdeckung der Thäter" eine Belohnung von 800 fl. ausgesetzt. Diese

[46] Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes Bd. IX. S. 124 f., 348, Bd. XVIII. S. 324 f.; Seuffert, Archiv Bd. XXI. Nr. 148.

Belohnung wurde dadurch verdient, daß die Diebe wenige Wochen hernach in Folge einer Anzeige der Grünbaumwirthin Rothmund in Dinkelsbühl von der bayerischen Gensdarmerie sammt einem Theile des entwendeten Geldes festgenommen wurden. Nunmehr entstand Streit über die Vertheilung der Auslobungsprämie. Während die Finanzverwaltung der Rothmund'schen Ehefrau 500 fl. und den Gensdarmen 300 fl. zukommen lassen wollte, beanspruchten die letzteren 500 fl., wogegen die R.'sche Ehefrau die ganze Summe für sich in Anspruch nahm. In dem hierüber ausgebrochenen Rechtsstreit, in welchem die bayerischen Gensdarmen als Kläger gegen die württ. Staatskasse, bezw. gegen die R.'sche Ehefrau als Nebenintervenientin und Beklagte auftraten, hat das Obertribunal den Klägern den Betrag von 300 fl. oder 514 ℳ. 28 Pf. zugesprochen; seine Entscheidungsgründe lauten im Wesentlichen wie folgt:

Es ist unbestritten, daß die beklagte Ehefrau für die Entdeckung der Diebe werthvolle Dienste geleistet hat; andererseits aber erhellt aus dem ganzen Sachverhalt, daß auch die Kläger zu Erreichung des von der auslobenden Behörde beabsichtigten Resultats wesentlich beigetragen und daß nur durch die von der Beklagten selbst gewünschte Mitwirkung der Kläger der erzielte günstige Erfolg herbeigeführt worden ist.

Am 8. Mai 1873 (dem Entdeckungstage) traf bei der Gensdarmerie zu Dinkelsbühl ein Telegramm des Untersuchungsrichters von Crailsheim ein, worin angezeigt wurde, „daß die drei des Diebstahls Verdächtigen sich in der Nähe umhertreiben sollen." Hierauf nahm die Dinkelsbühler Gensdarmerie ihre früheren Nachforschungen wieder auf und dehnte dieselben besonders auf die Wirthshäuser der Stadt Dinkelsbühl aus. Die beklagte Ehefrau, welche daselbst die Wirthschaft zum grünen Baum betrieb, hat am 17. Mai 1873 vor dem Bezirksamte Dinkelsbühl selbst angegeben: am 8.

desselben Monats sei sie von dem Gensdarmen Schuler angegangen worden, der K. Gensdarmerie Mittheilung zu machen, wenn sich fremde verdächtige Personen in ihrem Gasthause einfinden, weil man die Vermuthung habe, daß die Kerle, die das Geld in Crailsheim gestohlen haben, sich in der Gegend umhertreiben. Hiernach ist die auch sonst unterstützte Annahme begründet, daß die beklagte Ehefrau kurz vor ihren eigenen Wahrnehmungen durch die Gensdarmerie darauf aufmerksam gemacht worden, die Diebe könnten, obgleich seit Verübung des Diebstahls in Crailsheim schon 2 Wochen verflossen waren, speziell gerade am 8. Mai in Dinkelsbühl erscheinen, wodurch ihr die Schöpfung des Verdachts, die an diesem Tage erschienenen fremden Gäste möchten vielleicht die Diebe sein und ihre Anzeige bei der Gensdarmerie erheblich erleichtert war. Auch die Thätigkeit, welche nach dem Eintreffen der fremden Gesellen von den Klägern entwickelt worden, bildete einen wesentlichen Bestandtheil des Entdeckungsverfahrens. Die beklagte Ehefrau ersuchte zunächst den Mitkläger Hackenmüller, die Gensdarmerie von der Anwesenheit der Männer und ihrem Verdachte zu benachrichtigen; dadurch, daß Hackenmüller, über dessen Dienste die beklagte Ehefrau nicht verfügen konnte, dem Ansinnen der letzteren in umsichtiger Weise entsprochen hat, wurde von ihm freiwillig und selbständig ein nothwendig gewesener Beitrag zu Erreichung des Erfolgs geleistet. Während sodann die beklagte Ehefrau vor dem Eintreffen der 4 Gensdarmen über ihre Gäste doch wohl nur unsichere Vermuthungen hegen und nicht wissen konnte, wie es sich in Wirklichkeit mit dem Geldbesitz, dem Ausweis über die Persönlichkeiten, über den Reisezweck und dgl. verhalte, erhielt der Verdacht und namentlich der Zusammenhang des Geldbesitzes mit dem Crailsheimer Diebstahl in Folge der Seitens der Gensdarmen sofort angestellten weiteren Ermittlungen eine bestimmtere Grundlage, so daß nunmehr die zwei noch anwesenden Subjekte, welche Ausländer waren, als die des

Crailsheimer Diebstahls hinreichend verdächtigen Persönlichkeiten sammt dem ihnen durch die Gensdarmerie abgenommenen Gelde im Betrag von über 3000 fl. (worunter Rollen mit der Aufschrift: „Kameralamt Crailsheim") der Behörde übergeben und festgenommen werden konnten. Wie dem Bisherigen gemäß anzunehmen ist, daß die Entdeckung der Thäter nicht ausschließlich das Werk der beklagten Ehefrau gewesen sei, so spricht dafür, daß auch den Gensdarmen ein Theil der Belohnung zukommmen solle, noch weiterhin die vermuthliche Absicht der auslobenden Behörde. Man darf füglich davon ausgehen, daß durch Aussetzung von Entdeckungsprämien der vorliegenden Art hauptsächlich auch die untergeordneten Diener der Sicherheitspolizei angefeuert werden sollen, und hat das K. Finanzministerium am 7. Okt. 1874, als über die Zutheilung der Prämie Differenzen entstanden waren, die Vertheilung derselben in der Weise genehmigt, daß der beklagten Ehefrau 500 fl. und den Gensdarmen, welche die Verhaftung der Schuldigen vollzogen, 300 fl. zukommen sollen. Dieser Ausspruch des K. Finanzministeriums ist jedenfalls für die Auslegung der Willensmeinung, welche der Auslobung zu Grunde lag, von Bedeutung . . . .[47]

Wenn darnach im vorliegenden Falle zutrifft, daß zum Zweck der Erfüllung der in einer öffentlichen Auslobung verlangten Leistung mehrere Personen zusammengewirkt haben, und dadurch für jede mitwirkende Person der Anspruch auf einen entsprechenden Antheil an der ausgesetzten Belohnung begründet worden ist,[48] so erscheint es als angemessen, die Prämiensumme nach Maßgabe der Bedeutung und des Umfangs der einzelnen Leistungen zu vertheilen. Bei Berücksichtigung der hieher gehörigen speziellen Momente glaubte man aber an der Prämien-

---

[47] Zu vgl. Arndts, Pandekten §. 241, Württ. Gerichtsblatt Bd. 13 S. 329 ff. 335. Wächter, Württ. Privatrecht, Bd. II. S. 774, S. 636 Ziff. 1.

[48] Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen Heft 1, S. 210.

summe von 800 fl. der beklagten Ehefrau im Hinblick auf ihr hervorragendes Verdienst 500 fl., den Klägern zusammen aber 300 fl. zusprechen zu sollen und hat man bei der Unteraustheilung dieser Summe unter den Klägern den von diesen vorgeschlagenen Maßstab zu Grunde gelegt.

Obertribunalentscheidung in Sachen Holzschuh und Genossen gegen Rothmund vom 18. Mai 1878.

27) Statthaftigkeit des vertragsmäßigen Verbots eines Konkurrenz-Gewerbebetriebs.[49]

Der Beklagte soll sich im Interesse des Klägers verpflichtet haben, während seiner (des Beklagten) Lebenszeit kein derartiges gemischtes Waarengeschäft, wie er solches seither betrieben, fernerhin mehr in E. zu betreiben. Daß diese Zusage einem gesetzlichen Verbote widerspreche, und deßhalb für unverbindlich zu erklären sei, kann um so weniger angenommen werden, als der bejahrte Beklagte nur für seine Person, nur für den Ort E. und nur bezüglich eines dem bisher betriebenen gleichartigen Geschäftes sich eine Beschränkung seiner gewerblichen Freiheit unterworfen hätte.

Obertribunalentscheidung vom 13. Juli 1878 in Sachen Kall gegen Berger.

28) Abstracktes Schuldbekenntnuß. Bedeutung desselben für den Beweis einer Darlehens-Schuld.

Bei den Verhandlungen in der Verlassenschaftssache der Wittwe Neher wurde folgender Schuldschein produzirt: „Ich Unterzeichnete bekenne, daß ich dem Joh. Fuchs die Summe von 3000 fl. schuldig geworden bin und verspreche diese Summe gegen vierteljährige Aufkündzeit baar anheim-

[49] Zu vgl. Seuffert Archiv, Bd. 26 Nr. 19, Bd. 29 N. 164, Bd. 31 Nr. 217.

zuzahlen. Verzinslich von heute an zu 4%. S. Elis. Neher." Auf Grund dieses Schuldscheins wurde von dem Cessionar des Fuchs eine Darlehensforderung von 3000 fl. eingeklagt, welche von den Neher'schen Erben aus mehreren Gründen, insbesondere auch deßhalb bestritten wurde, weil der Schuldschein nicht ächt sei und die Wittwe Neher jedenfalls das behauptete Darlehen nicht empfangen habe. Die Civilkammer des Obertribunals wies die erhobene Klage ab und es besagen die Entscheidungsgründe:

Der Klaganspruch wird auf die Behauptung gegründet, daß Joh. Fuchs der Elis. Neher im Dez. 1871 die Summe von 3000 fl. in baarem Gelde als Anlehen gegeben und die Neher sich verpflichtet habe, dieses Anlehen mit 4% zu verzinsen und nach vierteljähriger Aufkündigung zurückzubezahlen. Ueber den in dieser Weise zu Stande gekommenen Vertrag soll alsdann einige Zeit nachher der obenerwähnte Schuldschein ausgestellt worden sein.

Der Kläger behauptet also nicht etwa, die Neher habe zwar kein Geld von Fuchs empfangen, gleichwohl aber und in Kenntniß des Nichtempfangs aus irgend einem Grunde sich als Darlehensschuldnerin bekannt, vielmehr wird aus dem materiell charakterisirten Real-Vertrage des Darlehens auf Rückgabe einer wirklich empfangenen Leistung geklagt und dieser Vertrag setzt, wenn er so, wie hier behauptet worden, vereinbart worden sein soll, zu seiner rechtlichen Existenz den Beweis der erfolgten Hingabe der Darlehenssumme voraus. Wenn man nun auch annehmen könnte, daß der Schuldschein vom 27. Dez. 1871 die ächte Namensunterschrift der Neher trage, so würde der Kläger doch durch diese Urkunde den ihm obliegenden Beweis keineswegs geführt haben.

Die Urkunde enthält ein Schuldbekenntniß und ein Erfüllungsversprechen. Dieselbe beginnt mit dem Bekenntniß der Neher, daß sie dem Fuchs die Summe von 3000 fl.

schuldig geworden sei, es ist aber nicht gesagt, aus welchem Grunde die Neher diese Summe schuldig geworden, insbesondere nicht, daß sie von Fuchs 3000 fl. baar empfangen und auch nicht, daß sie dieses Geld als Anlehen erhalten habe. Dieser Theil der Urkunde ist also in Ermangelung der Angaben des Schuldgrundes nicht geeignet, den Beweis des geltend gemachten konkreten Klagegrundes zu erbringen, sondern derselbe könnte nur eine höhere oder geringere Wahrscheinlichkeit für das Dasein irgend einer Schuld erzeugen.[50] In der Urkunde folgt sodann ein Erfüllungsversprechen. Es ist nicht zu verkennen, daß hier Bestimmungen getroffen sind, wie sie gewöhnlich bei Darlehensverträgen vorzukommen pflegen, nemlich die Verzinsung, vierteljährige Aufkündigung und baare Heimzahlung; namentlich das Wort „anheimzahlen" kann für ein Darlehensgeschäft angeführt werden, da man nur das „anheimzahlen" kann, was man zuvor erhalten hat. Indessen ist doch in der ganzen Urkunde nicht deutlich und bestimmt genug ausgedrückt, daß die Neher zwar keinen Kreuzer baaren Geldes von Fuchs erhalten, gleichwohl aber sich mit demselben vereinbart habe, daß sie sich als Darlehensschuldnerin bekennen und als solche behandeln lassen wolle. Hieraus ergibt sich, daß die Grundsätze über die exceptio non numeratae pecuniae in gegenwärtigem Falle nicht zur Anwendung kommen könne; denn die hienach eintretende Umkehrung der Beweislast setzt voraus, daß über den Empfang der Anlehenssumme ein beweiskräftiges schriftliches Bekenntniß des Schuldners vorliege, welches hier fehlt.

Hiezu kommt weiter, daß das Vorbringen des Klägers, als ob Fuchs der Neher 3000 fl. in baarem Gelde als

---

[50] Zu vgl. Windscheid, Pandekten §. 412, b N. 1 und 2, Wächter, Württ. Privatrecht, Bd. II. S. 346 und 347, Civilprozeßordnung Art. 903, Motive zu Art. 529—535 des Entwurfs der Civilprozeßordnung.

Anlehen gegeben habe, nach dem ganzen Aktenmaterial sich mindestens als unwahrscheinlich darstellt . . . . .

Obertribunalentscheidung in Sachen König gegen Neher vom 15. Dez. 1876.

29) Eine Wechselbürgschaft oder ein Giro begründet an sich noch keine civilrechtliche Bürgschaft.[51]

Am 23. Januar 1876 erhielt der Schreiner F. Weischedel von Cannstatt von dem Kläger ein Darlehen von 700 ℳ., welches nach drei Monaten zurückbezahlt werden sollte. An Stelle eines Schuldscheins wurde ein Wechsel auf 700 ℳ. ausgestellt, zahlbar an die Ordre des Klägers, angenommen von Weischedel und als Bürge oder per Aval unterzeichnet von dem Beklagten. Als am Verfalltage des 23. April der Acceptant Weischedel nicht zu bezahlen vermochte und um Borgfrist von einigen Wochen bat, begab sich der Kläger zum Beklagten und eröffnete diesem, W. wolle seine Schuld um 8—14 Tage verlängert haben. Inzwischen habe er, Kläger, einen neuen Wechsel über 750 ℳ. ausgestellt, welchen Beklagter als Girant unterzeichnen möge, was sofort durch Unterschrift des Beklagten auf der Rückseite des Wechsels geschah. Jener zuerst ausgestellte Wechsel ging verloren, der zweite Wechsel aber war nicht rechtsgiltig, weil der Kläger, als Trassant, denselben nicht unterzeichnet hatte und diesen Mangel erst ergänzte, als er bei der Protesterhebung darauf aufmerksam gemacht wurde. Nachdem W. in Gant gerathen war, klagte der Kläger den gesammten Darlehensbetrag gegen den Beklagten als Bürgen ein, weil in dessen beiden Wechselunterzeichnungen und in den dieselbe begleitenden Umständen eine civilrechtliche Bürgschaft zum Ausdruck gelangt sei. Die Civilkammer des Gerichts-

[51] Zu vgl. dieses Archiv, Bd. VI. S. 414 ff. und Bd. XV. S. 198 ff.

hofs in Stuttgart hat die Klage abgewiesen und das Obertribunal dieses Urtheil bestätigt aus folgenden Gründen:

1) Eine sogenannte Wechselbürgschaft durch Unterschrift auf dem Wechsel per Aval oder als Bürge ist etwas von der civilrechtlichen Bürgschaft wesentlich Verschiedenes. Der civilrechtliche Bürge übernimmt die Haftung für die aus einem bestimmten Rechtsgrunde, z. B. einem Darlehen entstandene Verbindlichkeit eines anderen. Der Wechsel dagegen besteht ohne alle Rücksicht auf einen bestimmten civilrechtlichen Rechtsgrund der Haftung des Wechselverpflichteten, und der Wechselbürge ist nichts anderes, als ein durch seine Mitunterschrift Wechselverpflichteter, welcher dem berechtigten Inhaber des Wechsels gegenüber dieselben Verbindlichkeiten, aber auch dieselben Rechte z. B. in Betreff der Präsentation, Protesterhebung, Verjährung u. s. w. hat, wie Derjenige, mit welchem er sich auf dem Wechsel verpflichtet hat. Dies ergibt sich klar aus Art. 81 der Wechselordnung, wonach

„die wechselmäßige Verpflichtung Jeden trifft, welcher den Wechsel, das Accept oder das Indossament mit unterzeichnet hat, selbst dann, wenn er sich dabei nur als Bürge (per Aval) benannt hat.“ [52]

Nun werden zwar durch übernommene Wechselverpflichtungen regelmäßig die Zwecke des einen oder andern civilrechtlichen Rechtsgeschäfts (z. B. Zahlung, Darlehen, Bürgschaft 2c.) zu erreichen gesucht; insbesondere kann behufs der Sicherstellung des Gläubigers durch Bürgschaft die Unterzeichnung eines Wechsels als Wechselbürge oder die Ertheilung des Giro's auf demselben benützt werden. Aber mit Eingehung einer solchen Wechselverpflichtung ist noch keineswegs gegeben, daß die Betheiligten im einzelnen

---

[52] Zu vgl. Volkmar und Löwy, Deutsche Wechselordnung §. 181, Gerber, Deutsches Privatrecht, §. 216, Cunze, Deutsches Wechselrecht, §. 18, Thöl, Handelsrecht, Thl. II. §. 280 (2. Aufl.)

Falle ein solches (civilrechtliches) Rechtsgeschäft neben der Wechselverpflichtung auch wirklich eingegangen haben oder ein solches schon vor dieser bestanden haben müsse. Dies bedarf vielmehr stets besonderer Begründung und besonderen Nachweises und wenn eine Verpflichtung gerade erst durch die Unterzeichnung auf dem Wechsel (z. B. als Bürge oder Girant) übernommen wurde, so spricht an sich nichts dafür, daß die vorausgegangenen Erklärungen, welche den materiellen Zweck der einzugehenden Wechselverpflichtung feststellen, sofort auch den Abschluß des betreffenden civilrechtlichen Rechtsgeschäfts neben Eingehung der Wechselverpflichtung, welche den Parteien ja vollständig genügen konnte, enthalten.[53]

2) Wenn daher der Beklagte am 23. Januar 1876 von dem Kläger um Bürgschaft für das dem Fr. Weischedel gewährte Darlehen von 700 M. angegangen, erklärte: er werde Bürge, und sofort den von Weischedel acceptirten Wechsel auf Verlangen des Klägers als „Bürge“ oder „per Aval“ unterzeichnete, worauf Kläger die Behauptung gründet, es sei damals eine (gewöhnliche) Bürgschaft des Beklagten zu Stande gekommen, so ist in diesem Vorbringen nichts zu finden, was darauf schließen ließe, daß von dem Kläger neben der wechselmäßigen Haftung, der Wechselhaftung des Beklagten noch etwas Weiteres, die Eingehung einer gewöhnlichen Bürgschaft, welche etwa beim Versagen des Wechselrechts hätte wirksam werden sollen, gefordert und vom Beklagten ein solches Verlangen erfüllt worden sei. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Kläger sich an der wechselmäßigen Haftung des Beklagten für jene Summe genügen ließ, welche ihm größere Vortheile, als die Eingehung einer gewöhnlichen Bürgschaft gewährte, aber allerdings auch die erhöhte Sorgfalt eines Wechselgläubigers auferlegte. Wäre daneben noch eine

---

[53] Württ. Archiv Bd. 6 S. 414 ff., Bd. 15 S. 198 ff., Thöl, a. a. O. §. 283 S. 556, §. 286 S. 560, Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 2. S. 365 ff.

gewöhnliche Bürgschaft beabsichtigt gewesen, so müßte dies außer jener durch Wechselunterschrift vollzogenen Bereiterklärung, Bürge zu werden, entweder in der Abfassung einer besonderen Bürgschaftsurkunde oder doch in einer bestimmten Verabredung, daß Beklagter dem Kläger jedenfalls und abgesehen von seiner Wechselverpflichtung als Bürge (und Selbstzähler) haften solle, seinen Ausdruck gefunden haben, wovon überall nicht die Rede ist.

Ganz die gleiche Beurtheilung muß dem zweiten Vorgange vom 25. April 1876 zu Theil werden. Wenn damals aus Anlaß der Ersetzung des ersten Wechsels durch Acceptation eines neuen über 750 *M.* der Beklagte dem Kläger auf dessen Ansinnen: „er müsse wieder Bürge werden für 750 *M.*", erwiderte: „es sei ihm recht" und auf dessen weiteres Verlangen sofort den neuen Wechsel auf der Rückseite als Girant unterzeichnete, so ist in jener Antwort nichts Weiteres zu finden, als wiederum die Bereiterklärung des Beklagten, wieder, wie das erstemal, die Wechselhaftung, sei es als eigentlicher Wechselbürge oder als Girant, zu übernehmen. Hieraus aber kann so wenig als aus der unmittelbar nachgefolgten und vom Kläger allein verlangten Beisetzung des Giro auf dem vorgelegten Wechsel die Eingehung einer gewöhnlichen Bürgschaft von Seite des Beklagten gefolgert werden.

Ob im vorliegendem Falle der Kläger von Fr. Weischedel die Wechselsumme mit der Darlehensklage hätte fordern oder nicht vielmehr im Falle der Ungiltigkeit des Wechsels nur die hingegebene Summe mit der Bereicherungsklage hätte zurückverlangen können, kann hier nicht entschieden werden; wenn ein selbständiger Darlehensvertrag nicht vereinbart worden, was ganz von den konkreten Erklärungen abhinge, würde nicht weiter vorliegen, als die vom Kläger gegen Entgelt erworbene Verpflichtung des Weischedel aus seinem Accepte, und es kann daher aus dem Verhältnisse zwischem dem Kläger und dem Haupt-

verpflichteten nichts für die Beurtheilung der Frage von der civilrechtlichen Haftung des Beklagten als Bürge gefolgert werden.

Da die vom Kläger vorgebrachten Thatsachen hienach das Zustandekommen einer gewöhnlichen Bürgschaft nicht begründen können, so war auch das Anerbieten zum Beweise derselben durch Ergänzungseid oder Eideszuschiebung als unerheblich zu verwerfen. Hat der Kläger, um die Sicherung seiner Forderung an Weischedel durch die, besondere Vortheile gewährende, wechselmäßige Haftung des Beklagten zu erlangen, diesen sich als Wechselschuldner verpflichtet, so hat er es nur sich selbst zuzuschreiben, wenn er durch Nichtbeachtung der für die Wechselzeichnung im Interesse des sichern Wechselverkehrs vorgeschriebenen Förmlichkeiten seinen Zweck verfehlt hat und in Schaden gekommen ist.

Obertribunalentscheidung in Sachen Levi gegen Menner vom 5. März 1877.

Mittheilungen aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs.

Von Herrn Staatsminister v. Geßler.

Fortsetzung.[1]

In der zweiten Jahreshälfte kamen keine Fälle der Art. 9 und 14 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege zur Erledigung, dagegen mehrere des Art 10 Ziff. 2 und 3 des Gesetzes.

1) Erkenntniß vom 17. April 1878.

Ortsarmenverband Höfen, O.-A. Neuenbürg, gegen Landarmenverband Maulbronn. Berechnung der zweijährigen Frist für den Verlust des Unterstützungswohnsitzes.

Der Säger Ernst Gentner hatte am 1. Januar 1873 seinen Unterstützungswohnsitz in Höfen, O.-A. Neuenbürg, wo er bürgerlich war. Im März 1873 ging er unter Zurücklassung seiner Familie nach Stuttgart, um Arbeit zu suchen. Noch in demselben Monat trat er in Berg bei Stuttgart in Arbeit. Im Laufe des Sommers 1873 forderte er seine Frau auf, ihm mit den Kindern nachzufolgen. In Gemäßheit dieser Aufforderung traf seine Familie Anfangs Oktober 1873 in Berg ein. Von Berg zog Gentner mit seiner Familie im März 1874 nach Ebhausen, O.-A. Nagold, wo Gentner am 28. Sept. 1875 starb. Die Frau wollte nun am 2. Okt. 1875 den Aufenthalt wieder in Höfen nehmen. Der Ortsvorsteher duldete sie aber dort nicht, weil sie ihres Unterstützungswohnsitzes verlustig sei. Sie begab sich hierauf am 7. Okt. 1875 in ihre frühere Heimath Knittlingen, O.-A. Maulbronn. Dort brachte sie sich mehrere Monate theilweise mit Unterstützung von Verwandten durch, bis sie im Februar 1876 in die Lage kam, öffentliche Unterstützung in Anspruch nehmen zu müssen. Ueber die Verbindlichkeit dieselbe zu leisten, stritt der Ortsarmenverband Knittlingen, theils mit dem Land-

[1] s. oben S. 192 u. f.

armenverband Maulbronn, theils mit dem Ortsarmenverband Höfen, bis der letztere unterstützend eintrat, dagegen die geleistete Unterstützung von täglich einer Mark vom 20. April 1876 an, sodann für Hausmiethe vom 20. April bis 1. Juni 1876 5 ℳ. und vom 1. Juni 1876 an jährlich 30 fl. oder 51 ℳ. 43 Pf. für ärztliche Behandlung 19 ℳ. 80 Pf. gegen den Landarmenverband Maulbronn einklagte und denselben zugleich auf Uebernahme der Wittwe Pauline Gentner geb. Schuler mit ihren 5 Kindern in unmittelbare Fürsorge belangte. Derselbe wurde auch durch Erkenntniß der Regierung des Neckarkreises vom 23. Juli 1877 und des Verwaltungsgerichtshofs vom 17. April 1878 dem Klagantrag gemäß aus folgenden Gründen verurtheilt:

1) Den Unterstützungswohnsitz in Höfen hat die Gentner'sche Familie bei ihrer am 2. Okt. 1876 erfolgten Rückkehr nach Höfen schon verloren gehabt, da der Säger Gentner jedenfalls schon längere Zeit vor dem 1. Okt. 1873 den bestimmten Entschluß gefaßt hatte, den seitherigen Aufenthalt in Höfen aufzugeben, und sein Entschluß, nicht der Tag, an dem in Folge dieses Entschlusses die Pauline Gentner mit ihren 5 Kindern in Höfen wegzog, für die Zeit des Aufgebens seines Aufenthalts in Höfen entscheidend ist.

2) Die Unterstützungsbedürftigkeit der Gentner'schen Familie ist erst im Februar 1876 während ihres Aufenthalts in Knittlingen zu Tage getreten. Wenn die Pauline Gentner auch am 5. Okt. 1875 vor dem Schultheißenamt Höfen erklärt hat, daß sie außer Stand sei, ihre Familie mit Verdienst oder Vermögen zu ernähren, da sie letzteres nicht besitze, und ihr Erwerb kein großer sein werde, wenn sie ihre unmündigen Kinder ordentlich versorgen wolle, und ihr auch von Verwandten keine Unterstützungen in Aussicht stehen, so hat sie doch damals die Verwilligung einer Unterstützung nicht in Anspruch genommen, und das Gleiche ist auch mehrere Monate nach ihrem Aufenthalt

in Knittlingen nicht der Fall gewesen. Ein Bedürfniß des Eintritts der öffentlichen Unterstützung ist daher erst im Februar 1876 zu Tage getreten. Da die Familie ihren seitherigen Unterstützungswohnsitz in Höfen verloren hat, und einen neuen Unterstützungswohnsitz nach eingetretener Unterstützungsbedürftigkeit nicht mehr erwerben konnte, ihre Unterstützungsbedürftigkeit aber erstmals im Bezirk des Landarmenverbands Maulbronn eingetreten ist, so ist letzterer zur Erstattung der seither aufgewendeten Kosten und zur Uebernahme der landarm gewordenen Familie verpflichtet.

2) Erkenntniß vom 24. April 1878.

Ortsarmenverband Ruith (Baden) gegen Ortsarmenverband Knittlingen, O.-A. Maulbronn. Nicht vorhandene Unterstützungsbedürftigkeit.

Der am 5. Januar 1854 geborene Schreinergeselle Ferdinand Schaible von Ruith, großherzoglich badischen Bezirksamts Bretten, stand vom 5. Sept. 1873 an bei verschiedenen Meistern in Stuttgart in Arbeit, und hatte demgemäß die vorgeschriebenen Einlagen in die Krankheitskostenversicherungskasse des Katharinenhospitals geleistet. Am 28. April 1876 fand er demgemäß wegen Kniegelenksschwamms im Katharinenhospital Aufnahme, und wurde, da der Arzt nach vorgenommener Resektion des Kniegelenks seine fortdauernde Behandlung für nöthig erklärte, ohne Aufrechnung von Kosten bis zum 28. April 1877 dort verpflegt. Nach seiner Entlassung aus dem Katharinenhospital fand er bis zum 5. Juni 1877 in dem Diakonissenhaus gegen ein tägliches Verpflegungsgeld von 1 *M.* Aufnahme. Der Betrag hiefür wurde nicht aus öffentlichen Kassen bezahlt. Am 7. Juli 1877 kam Schaible nach Ruith und sprach den Armenrath daselbst um öffentliche Fürsorge an, die ihm durch Unterbringung bei einer Familie gegen eine Mark täglich gewährt wurde. Da sich aber herausstellte, daß F. Schaible geistig gestört war, so wurde er am 22. Juli 1877 in dem Hospital in Bretten

untergebracht. Von beiden Akten setzte der Armenrath Ruith die Ortsarmenbehörde Knittlingen O.-A. Maulbronn noch im Lauf des Monats Juli 1877 in Kenntniß, weil der Vater des Ferdinand Schaible, Thomas Schaible durch zweijährigen Aufenthalt dort den Unterstützungswohnsitz erworben habe. Knittlingen bestritt jedoch seine Verbindlichkeit, für Ferdinand Schaible einzutreten, weil seine Unterstützungsbedürftigkeit schon 6 Wochen nach seiner Aufnahme in dem Katharinenspital eingetreten sei, da er bloß für diese Zeit kostenfreie Aufnahme anzusprechen gehabt habe. Anfangs September 1877 klagte der Armenrath Ruith bei dem Verwaltungsgerichtshof gegen den Ortsarmenverband Knittlingen auf Uebernahme des Ferd. Schaible in öffentliche Armenfürsorge und Ersatz der seither aufgewendeten Kosten, deren Liquidation vorbehalten wurde. Da Ferdinand Schaible das 24. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt, habe er den Unterstützungswohnsitz seines Vaters Thomas Schaible in Knittlingen in Anspruch zu nehmen, der sich seit dem 1. April 1875 dort aufhalte, somit am 1. April 1877 dort den Unterstützungswohnsitz erworben habe. Letzteres bestritt Knittlingen in seiner Vernehmlassung. Da Ferdinand Schaible im Katharinenhospital nur auf 6 Wochen kostenfreie Aufnahme anzusprechen gehabt habe, so sei er schon im Juni 1876, somit in einer Zeit unterstützungsbedürftig geworden, in der Thomas Schaible den Unterstützungswohnsitz noch nicht erworben hatte, da sein Aufenthalt in Knittlingen damals noch nicht 2 Jahre gedauert habe. Ein Mensch von seinen Verhältnissen werde unterstützungsbedürftig, sobald er nichts mehr verdienen könne. Ruith entgegnete hierauf: Thomas Schaible habe seinen Aufenthalt in Knittlingen schon im Okt. 1874 genommen, wofür Zeugen und ein stadtschultheißenamtliches Protokoll als Beweismittel benannt wurden, nach dem sein Dienstherr Löwenwirth Silber in Knittlingen wegen unterlassener Anzeige des Diensteintritts bestraft wurde. Sodann wurde ein Zeuge Tranz von

Ruith zum Beweise dafür benannt; daß Ferdinand Schaible bis zu seiner Ankunft in Ruith noch genügende Mittel zu seinem Unterhalt hatte. Die Zeugen und das stadtschultheißenamtliche Protokoll setzten außer Zweifel, daß Thomas Schaible im Okt. 1874 seine Miethwohnung in Ruith aufgab, und im Dezember 1874 ungefähr 14 Tage bis 3 Wochen bei 2 Knittlinger Einwohnern als Drescher in Arbeit trat, dann gegen Kost und Wohnung bei Löwenwirth Silber als Taglöhner eintrat, und seither seinen fortlaufenden Aufenthalt dort hatte, indem er nur ab und zu auf einen Tag fortging, aber stets wiederkehrte. Was aber die ökonomische Lage des F. Schaible betrifft, so gab der beeidigte Zeuge Tranz an: „Ferdinand Schaible hat mir am Tag seiner Ankunft in Ruith (7. Juli) 46 M. zum Aufheben gegeben. Außerdem hat derselbe im Okt. 1875 aus einer Zwangsversteigerung gegen seinen Vater ein Grundstück um 160 M. und überdieß 2 seiner in Amerika lebenden Schwester gehörige Grundstücke gekauft. Diese Grundstücke sind dem J. G. Mayer in Ruith für ein Darlehen von 300 fl. verpfändet gewesen. F. Schaible hat dem J. G. Mayer aus erspartem Geld 220 M. bezahlt, wofür ich die Quittung in Händen habe. Der Verkauf der beiden Grundstücke der Schwester konnte nicht gewährt werden,[2] weil keine genügende Vollmacht derselben beigebracht wurde. Dagegen ist das dem Vater gehörige Grundstück auf F. Schaible übertragen worden. Letzteres bestätigte auf erforderten Bericht der Gemeinderath in Ruith mit dem Anfügen, daß das Grundstück freies Eigenthum des F. Schaible sei, und derselbe außerdem bei J. G. Mayer noch 60 M. gut habe, die jeder Zeit zur Verfügung stehen.

Bei der mündlichen Verhandlung legte der klägerische Anwalt 2 Rechnungen des Hospitals in Bretten für die Zeit vom 22. Juli bis 30. Sept. mit 130 M. 82 Pf.

[2] („gewährt werden", Ausdruck des bad. Landrechts für den von der erkennenden Behörde für richtig erkannten Eigenthumsübergang).

und vom $\frac{\text{1. Okt. 1877}}{\text{1. Jan. 1878}}$ mit 168 ℳ. 44 Pf. vor. Auf die Einwendung des Beklagten, daß F. Schaible bei den zu Gebot stehenden Mitteln am 7. Juli 1877 nicht unterstützungsbedürftig war, machte Kläger den hilflosen Zustand desselben in Folge seiner Krüppelhaftigkeit und das geltend, daß sich schon bei seiner Ankunft Spuren geistiger Störung zeigten. Das Grundstück habe man nicht so schnell zu Geld machen können, als dies die augenblickliche Hilfe erheischt habe, und von den baaren Mitteln habe der Armenrath in Ruith nichts gewußt. Eventuell habe die Uebernahme und der Ersatz der Kosten von einem späteren Zeitpunkt an, etwa dem 1. Okt. 1877 einzutreten.

Der Verwaltungsgerichtshof wies aber die Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten und Sporteln ab, da F. Schaible am 7. Juli 1877 neben dem Grundstück im Werth von 160 ℳ. noch im Besitz von weiteren 106 ℳ. somit zwar in Folge des von ihm behaupteten Zustandes „öffentlicher Fürsorge", nicht aber öffentlicher Unterstützung bedürftig war. Wenn Kläger sich auf die Behauptung des Beklagten berufe, daß seine Unterstützungsbedürftigkeit schon in einem früheren Zeitpunkt eingetreten sei, so stütze sich diese Behauptung auf die nach den Akten irrige Unterstellung, daß derselbe im Katharinenhospital nur für 6 Wochen kostenfreie Verpflegung anzusprechen hatte. Die Klage mußte daher für jetzt abgewiesen werden, wobei auf den für einen späteren Zeitpunkt geltend gemachten Anspruch in Ermangelung der erforderlichen thatsächlichen Begründung für den Eintritt desselben keine Rücksicht genommen werden konnte.

3) Erkenntniß vom 26. Juni 1878.

Ortsarmenverband Schrezheim gegen Ortsarmenverband Neuler. Formalien der Berufung. Begriff der Armen-Unterstützung.

In dieser Sache war das die Klage abweisende Erkenntniß der Regierung des Jaxtkreises vom 29. Sept.

1877 an demselben Tage in öffentlicher Sitzung verkündet worden, wobei Niemand von den Parteien erschienen war. Durch Erlaß vom 29. Sept. 1877 beauftragte die Kreisregierung das Oberamt Ellwangen, das Urtheil beiden Parteien zuzustellen, dem Kläger gemäß der Ministerialverfügung vom 31. Mai 1875 §. 34 unter Rekursbelehrung nach Vorschrift des Art. 10 des Gesetzes vom 13. Nov. 1855. Die Zustellung an die beiden Vorstände der Ortsarmenbehörden erfolgte in dieser Weise am 10.—16. Okt. 1877. Am 18. Okt. 1877 kam die Rekursanmeldung des Klägers bei dem Oberamt Ellwangen ein, und am 7. Nov. 1877 wurde dem Oberamt die Rekursschrift übergeben, und der Kreisregierung am 9. Nov. 1877 vorgelegt, welche sie sofort dem Verwaltungsgerichtshof vorlegte, bei dem sie am 16. Nov. 1877 einkam. Da das Urtheil der Kreisregierung erst nach dem 1. Okt. 1877 zur Eröffnung gelangte, so wären nach Art. 75 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876 die Bestimmungen dieses Gesetzes für das Verfahren in der Rechtsmittelinstanz maßgebend gewesen, und Art. 44 Abs. 1 und 2 dieses Gesetzes schreiben vor, daß die Berufungsschrift innerhalb eines Monats der Kreisregierung oder dem Verwaltungsgerichtshof zu übergeben sei, die Versäumung dieser Frist aber den Verlust des Rechtsmittels zur Folge habe. Obgleich hiernach nach dem Wortlaut des Gesetzes (vgl. auch Art. 679 Abs. 1 und 2 der württ. Civilprozeßordnung) die Berufung als versäumt anzunehmen und eine Wiedereinsetzung nach Art. 283 und 285 Abs. 1 d. württ. C.Pr.O. v. 1868 als unstatthaft zu erkennen war, so nahm der Verwaltungsgerichtshof doch die Formalien der Berufung als gewahrt an, in der Erwägung, daß die Frist für das Einkommen der Berufungsschrift durch die Uebergabe bei der Kreisregierung und dem Verwaltungsgerichtshof eingehalten war, und deren Beförderung durch das Oberamt deßhalb nicht als ein Verstoß gegen die bestehenden Vorschriften aufgefaßt werden konnte, weil der Rekurrent da-

mit nur der ihm von der zuständigen Behörde ertheilten Weisung Folge leistete, deren Sache es gewesen wäre, die durch ihre Anordnung dem Oberamt ordnungswidrig übergebene Beschwerdeschrift dem Berufungskläger zu ordnungsmäßiger Uebergabe zurückzugeben, wozu vom 9. bis 16. Nov. 1877 hinreichend Zeit gewesen wäre.

In der Sache selbst wurde aber das die Klage abweisende Erkenntniß der Kreisregierung bestätigt. Der Ortsarmenverband Schrezheim hatte dem Joseph Blümle von Abtsgmünd auf seine Bitte, weil sein Verdienst als Taglöhner zur Erhaltung der Familie ungenügend sei, 10 ℳ. gegeben, damit er ein Hausirgewerbe mit Lumpensammeln beginnen und dadurch etwas verdienen und Brod anschaffen könne, und es war in dem Beschluß der Ortsarmenbehörde Schrezheim ausdrücklich bemerkt, daß ihm die Unterstützung von 10 ℳ. zum Betrieb eines Handels mit Lumpen zum Zweck der Ernährung seine Familie bewilligt werde. Hiernach wurden die 10 ℳ. nicht zu dem Zweck gegeben, damit sie unmittelbar zu Bestreitung des Aufwands für den unentbehrlichen Lebensunterhalt des Blümle und seiner Familie verwendet werden, um dadurch einer bereits eingetretenen Noth abzuhelfen, sondern zu dem Zweck, damit Blümle in den Stand gesetzt werde, in Zukunft auf einem andern Weg als bisher mittelst des Betriebs eines Lumpenhandels sein Fortkommen und den Unterhalt seiner Familie ohne weitere Unterstützung zu erlangen. Diese Unterstützung ist ein Akt der vorbeugenden Armenfürsorge, um künftiger Hilfsbedürftigkeit zu begegnen. Als solche liegt sie außerhalb des Kreises der dem Ortsarmenverband durch das Reichsgesetz auferlegten Unterstützungspflicht und ist daher keine Unterstützung im Sinn des Reichsgesetzes, da nach dem Begriff der Hilfsbedürftigkeit und der in Art. 1 des württ. Ausführungsgesetzes enthaltenen Begriffsbestimmung darüber, was dem Hilfsbedürftigen von dem unterstützungspflichtigen Armenverband zu gewähren ist, als Armenunterstützung im Sinn des Reichsgesetzes nur die

zur Abhilfe einer bereits gegenwärtigen unmittelbaren Noth geleistete Unterstützung anzusehen ist, und die präventive Armenfürsorge nicht unter das Reichsgesetz fällt. (Rocholl System des Armenpflegerechts S. 65, 749. Eger, das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz S. 2. Wohlers, das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz S. 15 lit. c. Wohlers Entscheidungen II. S. 29 III. S. 38 V. S. 50). Zwar macht Kläger geltend, daß zur Zeit der Leistung der Unterstützung die dringende Noth bereits vorhanden war, und daß Blümle die 10 ℳ., nachdem ihm die gesetzliche Legitimation zum Lumpenhandel verweigert wurde, unmittelbar zum unentbehrlichen Lebensunterhalt verwendet habe. Allein daraus würde nur folgen, daß Blümle schon damals in der Lage gewesen wäre, um Unterstützung zu bitten, nicht aber, daß die Unterstützung, wie sie erbeten und geleistet wurde, nicht zu einem über die Unterstützungspflicht des Klägers hinausgehenden Zweck geleistet wurde. Für die Beurtheilung der rechtlichen Natur der Unterstützung ist der Zweck, für den sie geleistet wurde, entscheidend. Hiernach ist ein nach Maßgabe des Reichsgesetzes verfolgbarer Rechtsanspruch des Klägers nicht begründet, weder auf Erstattung, noch auf Uebernahme, denn auch der letztere setzt nach §. 31 des Reichsgesetzes voraus, daß eine vorläufige Unterstützung im Sinne des Gesetzes bereits nothwendig geworden ist.

4) Erkenntniß vom 26. Juni 1878.

Ortsarmenverband Wiesbaden gegen Ortsarmenverband Salach, O.-A. Göppingen. Bestimmung des Aufenthaltsorts.

Der am 13. März 1853 geborene ledige Schriftsetzer Franz Xaver Schoch, unehlicher Sohn der Katharine Gößer von Ottenbach, kam auf seiner Wanderung fieberkrank und mittellos nach Wiesbaden und wurde dort auf sein Ansuchen in dem Civilspital bis zum 15. Dez. 1876 auf Kosten des Ortsarmenverbands Wiesbaden unter Vorbehalt des Wiedererſatzes behandelt und verpflegt. Von dem

Ortsarmenverband wurden für die Verpflegung, sowie die Abgabe eines Hemds, Weste, ein Paar Socken und Schuhe 30 ℳ. 27 Pf. an den Spital bezahlt. Wiesbaden erhob Klage gegen den Ortsarmenverband Salach. Am 8. Dez. 1876 — dem Tag der Aufnahme des Schoch im Spital — habe die Gößer seit mehr als 2 Jahren ihren Aufenthalt und Lebensunterhalt in Salach gehabt und nach §. 10 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz letzteren dort erworben. Denselben theile ihr damals noch nicht 24 Jahre alter Sohn. Salach bestritt, daß die Gößer ihren gewöhnlichen Aufenhalt in Salach habe. — Unter dem gewöhnlichen Aufenthalt ist wie aus dem Kommissionsbericht des Reichstags zu dem Gesetzentwurf sich ergibt, derjenige zu verstehen, den eine Person zum Mittelpunkt ihrer wirthschaftlichen Thätigkeit macht; der dem Gesetz zu Grunde liegende Gedanke ist, daß die Pflicht zur Unterstützung derjenigen Gemeinschaft obliegen solle, welcher die wirthschaftlichen Leistungen dieser Person in nicht hilfsbedürftigem Zustand zugutkamen. Dieser Aufenthalt kann, muß aber nicht mit dem Domicil zusammenfallen, da dieses auch ohne persönliche Anwesenheit begründet und fortgesetzt werden kann. Auch unterbricht nicht jede Entfernung den Aufenhalt. Nach §. 13 des Reichsgesetzes ist die Entfernung als eine Unterbrechung nicht anzusehen, wenn aus den Umständen, unter denen sie erfolgt, die Absicht erhellt, den Aufenthalt beizubehalten. (Rocholl System S. 85—88. Arnold, die Freizügigkeit und das Unterstützungswohnsitzgesetz S. 153—155. S. 201—203). Thatsache ist, daß die 58 Jahre alte Gößer nach ihrer eidlichen Angabe seit 9 Jahre in der Fabrik von Schachenmaier, Mann & Cie. in Salach in Arbeit steht und hiedurch ihren Unterhalt erwirbt. Sie bringt nach ihren durch Zeugen bestätigten Angaben jedenfalls schon seit mehr denn 3—4 Jahren regelmäßig die ganze Woche als Arbeiterin in Salach zu, wo sie eine bestimmte gemiethete Schlafstätte hat, in der sie die Woche über übernachtet, und nur

über die Sonn-, Fest- und höheren Feiertage, wenn die Witterung günstig ist und sie keine sonstige Abhaltung hat, hin und wieder auch an Tagen des unterbrochenen Fabrikbetriebs besucht sie ihr 1½ Stunden entferntes Heimathort, wo sie seit dem Jahr 1848 bei dem Verkauf des väterlichen Hauses an ihre Schwester die Wittwe Schwarzkopf, gleich ihren beiden ledigen Geschwistern, das Recht, in der großen Stube der Schwester unter Kalt und Warm sich aufzuhalten, auch unter dem Dach auf der Bühne einen Platz zur Aufbewahrung ihrer Fahrniß anzusprechen hat. Wenn sie nicht überhaupt an Sonn- und Festtagen in Salach bleibt, kommt sie je am Samstag Abend oder Sonntag früh nach Ottenbach und kehrt Sonntag Abend oder Montag früh wieder nach Salach zurück. Im Fall des Uebernachtens in Ottenbach benützt sie ein ihr gehöriges Bett in dem ihr zur Aufbewahrung ihrer Fahrniß zustehenden Bühnenraum. Immer aber erfolgt ihre Rückkehr nach Salach in der Absicht, das dortige Arbeitsverhältniß fortzusetzen. Unter diesen Umständen erscheint unleugbar Salach als der Mittelpunkt ihrer wirthschaftlichen Thätigkeit und ihr Aufenthalt daselbst als der ständige gewöhnliche Aufenhalt im Sinn des Reichsgesetzes, ihre zeitweise Abwesenheit in Ottenbach dagegen als eine wechselnde vorübergehende. Hat ja doch das Bundesamt für das Heimathwesen in einer Reihe von Fällen, selbst bei Familienvätern, den Arbeitsort derselben als Aufenthalt angenommen, während die Familie sammt Bett und Effekten an einem andern Ort war und sie die Familie zeitweise besuchten, und es geschah dies sogar in Fällen, wo die Betreffenden am Wohnort der Familie Haus und Güter besaßen, und daselbst zu Steuern und Umlagen herangezogen wurden. (Wohlers Entsch. IV. S. 5, V. S. 8, 9, 11, 12, VI. S. 7, 8, VII. S. 15, VIII. S. 1, 9—11, 11—13, 13—15). Daß das Vertragsverhältniß der ꝛc. Gößer als Fabrikarbeiterin jeden Tag lösbar war, ändert hieran nichts, da die Absicht längeren Verweilens

genügt, und eine solche Lösung in 9 Jahren nicht eintrat. Der Mangel eines festen Dienstverhältnisses kann den Aufenthalt bei so langer Dauer nicht zu einem vorübergehenden machen (Wohlers a. a. O. VIII. S. 13—18). Ob die Gößer, wie sie angibt, im Sommer 1874 ein paar Monate von Salach abwesend war, um vorübergehend auswärts Erntegeschäfte zu verrichten, kann dahingestellt bleiben, da sie nach Beendigung der Ernte wieder in die Fabrik nach Salach zurückkehrte und seitdem bis zum 8. Dez. 1876 — dem Tag des Eintritts der Hilfsbedürftigkeit ihres Sohnes — dort in Arbeit blieb und die 2jährige Frist des §. 10 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz jedenfalls wieder abgelaufen wäre. Eine Unterbrechung dieser Frist trat auch dadurch nicht ein, daß die Gößer nach ihrer durch Zeugen bestätigten Angabe im Lauf des Sommers 1877 wegen Unwohlseins Salach verließ, und um sich zu kuriren, 8—10 Tage bei ihrer Schwester in Ottenbach verweilte. Abgesehen jedoch davon, daß diese Entfernung selbst bei längerer Dauer nicht geeignet gewesen wäre, die 2jährige Frist zu unterbrechen, da sie nicht in der Absicht erfolgte, den Aufenthalt aufzugeben (Wohlers a. a. O. VI. 9), ist diese Einrede schon darum bedeutungslos, weil der Vorgang in die Zeit nach der Aufnahme ihres Sohnes in das Civilspital in Wiesbaden und nach ihrer Erwerbung des Unterstützungswohnsitzes in Salach fiel. Den der Gößer am 8. Dez. 1876 zustehenden Unterstützungswohnsitz theilte aber nach §. 21 des Reichsgesetzes ihr Sohn, der damals das 24. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt hatte.

Die Einwendung, daß die Ausgabe von 21 *M.* 20 Pf. für die Kleider gesetzlich nicht geboten und thatsächlich nicht nothwendig gewesen sei, jedenfalls aber für denselben die alimentationspflichtige Mutter hätte angerufen werden sollen, widerlegt sich durch §. 1 der Instruktion vom 10. April 1871 zu dem preuß. Ausführungsgesetz vom 8. März 1871 und §. 1 der Instruktion vom 30. Mai

1873 zu dem württ. Ausführungsgesetz. Nach denselben gehört auch die Kleidung zu dem von dem Armenverband zu gewährenden Lebensunterhalt. Wie aber die Zeugen bestätigen, war Schoch bei seiner Aufnahme in den Spital total aufgerissen, und die Abgabe dieser Kleider durchaus nothwendig.

Eine Verweisung dieses Bedürfnisses an etwaige dritte Alimentationspflichtige wäre nach Art. 2 des Ausführungsgesetzes unstatthaft gewesen.

Der Anspruch des Klägers war daher in seinem ganzen Umfang für begründet zu erkennen, und die Verurtheilung des Beklagten in die Kosten und Sporteln Folge seines Unterliegens in der Hauptsache.

5) Erkenntniß vom 3. Juli 1878.

Ortsarmenverband Heidelberg, Kläger, gegen Ortsarmenverband Backnang, Beklagter. §. 29 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz.

Der in Lampertheim bei Worms in Arbeit stehende 18jährige Schreinergeselle F. Holzwarth von Backnang verwundete sich am 24. April 1877 Nachts zwischen 10 und 11 Uhr in Lampertheim durch eine Pistole, die er abschoß, so an der Hand, daß ein Knochen derselben zerschmettert wurde. Sein Dienstherr Schreiner Schröder in Lampertheim schickte, als ihm der Verwundete durch einen Kameraden zugeführt wurde, nach dem Arzt Dr. Feldhofen. Dem Verwundeten wurde der nöthige Verband angelegt. Da in Lampertheim kein Spital ist, so rieth der Arzt, den Holzwarth sofort unverzüglich nach Heidelberg in das dortige Krankenhaus zu schaffen. Schröder ließ den Holzwarth, ohne die Mitwirkung der Ortsarmenbehörde Lampertheim irgend in Anspruch zu nehmen, mit dem Fuhrwerk seines Bruders durch diesen nach Mannheim bringen, von wo er in Begleitung des Heilgehilfen, der den Verband angelegt hatte, mit der Eisenbahn nach Heidelberg kam. Der Vorstand der Ortsarmenbehörde Lampert-

heim erhielt nach seiner eidlichen Aussage erst am andern Tag, nachdem Holzwarth schon nach Heidelberg gebracht war, durch Schröder Kenntniß von dem Vorfall.

In dem Krankenhaus in Heidelberg war Holzwarth vom 25. April bis 30. Juni 1877. Die Kosten für seine Verpflegung betrugen 84 *M.* 50 Pf. Der Ortsarmenverband Heidelberg nahm deren Ersatz von dem Ortsarmenverband Backnang in Anspruch, in welchem Ort der Vater des Holzwarth wohnt und das Bürgerrecht besitzt. Von der Verbringung des Holzwarth in das Spital in Heidelberg war die Ortsarmenbehörde Backnang rechtzeitig benachrichtigt und der Ersatzanspruch angemeldet worden. Die Ortsarmenbehörde Backnang bestritt an sich ihre Verbindlichkeit nicht, dagegen berief sie sich auf den §. 29 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz. Da Holzwarth in Lampertheim als Geselle in Arbeit stand, so habe Lampertheim für die Kosten der ersten 6 Wochen einzutreten, und treffen die Ortsarmenbehörde Backnang nur die Kosten, die nach diesen 6 Wochen entstanden seien. Da aber die Ortsarmenbehörde Lampertheim, wie die eingeleitete Beweisaufnahme außer Zweifel stellte, in keiner Weise zu der Verbringung des Holzwarth nach Heidelberg mitgewirkt hatte, dieselbe vielmehr ganz ohne ihr Wissen erfolgte, so konnte dieser Einwendung keine Folge gegeben, und mußte der Ortsarmenverband Backnang zum vollen Ersatz verurtheilt werden, weil die Anwendung des geltend gemachten §. 29 des Reichsgesetzes voraussetzt, daß die Hilfsbedürftigkeit am Dienstort in einer die Intervention der öffentlichen Armenpflege erheischenden Weise hervortrat, und der öffentlichen Armenverwaltung zum Mindesten Veranlassung gegeben war, dem Erkrankten ihre Hilfe zu Theil werden zu lassen.

6) Erkenntniß vom 10. Juli 1878.

Polizeidiener Hofmann von Röhlingen, O.-A. Ellwangen gegen den Ortsarmenverband Röthlen, Gemeinde Röhlingen, O.-A. Ellwangen. Art. 4 des württ. Ausführungsgesetzes vom 17. April 1873.

Patriz Gaukler von Kammerstatt, Gemeinde Bühlerzell, O.-A. Ellwangen, verunglückte am 1. Sept. 1875 in einem auf der Markung der Parzelle Röthlen gelegenen Wald, er erlitt einen Beinbruch. Er wurde sofort nach Röhlingen gebracht. Im Auftrage des Schultheißen der Gesammtgemeinde Röhlingen nahm ihn der Polizeidiener Hofmann in Röhlingen vom 1. Sept. 1875 bis zum 17. Dez. 1875 und wieder vom 16. Februar bis 5. März 1876 in Pflege. Hofmann verlangte für die hiedurch entstandenen Kosten von dem nach §. 28 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz verpflichteten Ortsarmenverband Röthlen Ersatz. Die zur Gesammtgemeinde Röhlingen gehörige Parzelle Röthlen bildet für sich einen eigenen Armenverband, dessen Vorstand der Schultheiß von Röhlingen nicht ist. Der Kläger ist deßhalb durch die Annahme des Auftrags des Schultheißen von Röhlingen in kein Mandatsverhältniß zu dem Ortsarmenverband Röthlen getreten. Derselbe behauptet aber, daß der Schultheiß durch die Ertheilung des Auftrags der Hilfeleistung und er durch die Uebernahme dieses Auftrags als freiwillige Geschäftsführer des zur Unterstützung verpflichteten Ortsarmenverbands Röthlen gehandelt haben. Nach Art. 4 des württ. Ausführungsgesetzes zu dem Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz vom 17. April 1873 haben solche Geschäftsführer Anspruch auf Ersatz ihres Aufwands, wenn die verpflichtete Ortsarmenbehörde innerhalb 24 Stunden, und wenn die Einhaltung dieser Frist nicht thunlich ist, so bald als möglich hiervon in Kenntniß gesetzt worden ist. Dies ist nicht geschehen, und Beklagter behauptet, erst am 25. Februar 1876 durch das Oberamt

Ellwangen Kenntniß von dem Sachverhalt erhalten zu haben. Die Behauptung des Klägers, daß der gesetzlichen Vorschrift dadurch Genüge geschah, daß der Schultheiß von Röhlingen als negotiorum gestor des Ortsarmenverbands Röthlen von der Hilfeleistung Kenntniß erhalten habe, hilft der Nichterfüllung der wesentlichen Voraussetzung des Art. 4 des württ. Ausführungsgesetzes nicht ab; der Art. 4 fordert, daß der Geschäftsherr innerhalb der bezeichneten Frist Kenntniß von der Hilfeleistung erlangt hat, weßhalb die Kenntniß des Schultheißen von Röhlingen von der Hilfeleistung die Anzeige an den Geschäftsherrn — den Ortsarmenverband Röthlen — nicht ersetzen kann. Da es hiernach an dem wesentlichen Erforderniß der Ersatzleistung — der rechtzeitigen Anzeige an den Ortsarmenverband Röthlen für den Ersatzanspruch fehlte, so war unter Bestätigung des Regierungserkenntnisses die Klage abzuweisen, ohne daß auf die Erörterung der Frage einzugehen war, mit welchem Zeitpunkt nach §. 28 des Reichsgesetzes die Hilfsbedürftigkeit des Gaukler als eingetreten zu betrachten ist, und ob hiernach der Ortsarmenverband von Röthlen oder der von Röhlingen als der zunächst verpflichtete anzusehen ist.

7) Erkenntniß vom 10. Juli 1878.

Ortsarmenverband Stuttgart gegen Ortsarmenverband Bothnang, Amtsoberamt Stuttgart. §. 12 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz.

Wilhelm Haug von Kemnath, Amtsoberamts Stuttgart, hatte sich, nachdem er längere Zeit seiner körperlicher Gebrechlichkeit und geistigen Beschränktheit ungeachtet von dem Hofbauamt in Stuttgart als Kehrer auf der Planie beschäftigt, von demselben aber wegen Unarten entlassen worden war, nach Bothnang begeben, um dort bei den Bauern durch Arbeit seinen Unterhalt zu suchen. In Bothnang hatte er sich jedenfalls vom 1. Januar 1873 bis Nov. 1876 aufgehalten, ohne daß er in die Lage kam,

Unterstützung nachzusuchen. Von der Armenbehörde in Stuttgart in hilfsbedürftigem Zustand aufgegriffen, wurden 40 M. zu Kleidern für ihn aufgewendet, und derselbe vom 1. März 1877 an gegen ein tägliches Kostgeld von 30 Pf. bei einem Mehlhändler untergebracht. Die Ortsarmenbehörde Bothnang um Uebernahme des Haug und Ersatz der aufgewendeten Kosten angegangen, verweigerte Beides, und erhob gegen die hierauf angestellte Klage die Einwendung, daß Haug den Unterstützungswohnsitz in Bothnang nicht habe erwerben können, weil ihm vermöge seines Geisteszustands die freie Selbstbestimmung zur Wahl seines Aufenthalts gefehlt habe. Da jedoch der zur Begutachtung seines Geisteszustands aufgeforderte Stadtdirektionswundarzt sich dahin aussprach, daß Haug zwar an körperlichen Gebrechen und angeborenem Schwachsinn, nicht aber an Geistesstörung oder Blödsinn leide, die allein die freie Selbstbestimmung ausschließen könnten, so wurde der Ortsarmenverband Bothnang in beiden Instanzen (von der Regierung des Neckarkreises unterm 9. März 1878) kostenfällig zur Uebernahme des Haug und zum Ersatz der Kosten verurtheilt, und nur in der Berufungsinstanz dem Beklagten der Anspruch auf eine für Haug vorhandene erst in der Berufungsinstanz zur Kenntniß gebrachte Sparkasseneinlage von 80 M. vorbehalten.

8) Erkenntniß vom 2. August 1878.

Ortsarmenverband Villingen, Groß.=H. Baden gegen Ortsarmenverband Mühlen, O.=A. Horb. Unterbrechung und Ruhen der 2jährigen Frist. Begriff der Armenunterstützung.

Anton Roth von Bösingen O.=A. Rottweil hatte sich als Eisenbahnarbeiter längere Zeit in Mühlen O.=A. Horb aufgehalten, ob 2 Jahre, war unter den Parteien bestritten. Im Dez. 1875 zog er mit seiner Familie von Mühlen ab, und am 17. Dez. 1875 nahm er seinen Aufenthalt in der Stadt Villingen, wo er auf der Bahnhofstation Arbeit

fand, übrigens im Lauf seines Aufenthalts Unterstützung erhielt, deren Ersatz sowie die Uebernahme des Anton Roth sammt seiner Familie die Stadt Villingen von der Gemeinde Mühlen forderte. Die Klage wurde jedoch unter Verurtheilung von Villingen in die Kosten aus folgenden Gründen abgewiesen, von Villingen aber an das Bundesamt für das Heimathwesen Berufung eingelegt, dessen Entscheidung noch aussteht.[3]

I. Es kann dahingestellt bleiben, ob Anton Roth für sich und seine Familie, wie Kläger behauptet, Beklagter aber bestreitet, durch zweijährigen ununterbrochenen Aufenthalt in Mühlen vor der Mitte des Dez. 1875 den Unterstützungswohnsitz in Mühlen erworben hat. Wenn derselbe diesen Unterstützungswohnsitz durch seinen Aufenthalt vom 1. Januar 1873 an — ein früherer Aufenthalt käme nicht in Betracht, auch hielt sich Roth, wie aus der Apothekerrechnung vom 12. April 1874 zu schließen ist, noch im Februar 1873 in Villingen auf — je sollte erworben gehabt haben, so hat er denselben jedenfalls nach Maßgabe des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz §. 22 Alinea 2 durch zweijährige ununterbrochene Abwesenheit von Mühlen wieder verloren. Außer Zweifel ist, daß Roth einige Tage vor dem 17. Dez. 1875 von Mühlen mit seiner Familie abgezogen ist. Nach Anlage 1 und 2 der Klage ist Roth am 17. Dez. 1875 von Marbach her in Villingen angezogen, und die Klage führt selbst an, daß er vor seinem Anzug in Villingen einige Tage in Marbach war, während in der von dem Kläger gleichfalls vorgelegten Anlage 3 zu der Klage der 6. Dez. 1875 als der Tag des Abzugs des Roth von Mühlen bezeichnet ist. Die zweijährige Frist für den Verlust eines durch Roth etwa in Mühlen erworbenen Unterstützungs-

[3] Dieselbe ist inzwischen dahin erfolgt, daß das Erkenntniß des Verwaltungsgerichtshofs wegen des vorübergehenden Charakters der geleisteten Unterstützungen, welche der Verwaltungsgerichtshof per „Abgesehen" behandelt hatte, bestätigt wurde.

wohnsitzes ging daher, da nicht behauptet ist, daß derselbe etwa in dieser Zeit nach Mühlen zurückgekehrt wäre, sondern derselbe, soweit den Akten zu entnehmen ist, seinen ununterbrochenen Aufenthalt in Villingen hatte, in der ersten Hälfte des Monats Dez. 1877 zu Ende, falls nicht eine Verlängerung dieser Frist durch das Ruhen derselben während der Dauer der von einem Armenverband gewährten öffentlichen Unterstützung bewirkt, oder eine Unterbrechung derselben durch den von dem Kläger am 6. Dez. 1877 erlassenen, am 10. Dez. 1877 von seiner vorgesetzten Behörde dem großh. badischen Bezirksamt Villingen an das württ. Oberamt Horb abgegangenen, und von letzterem am 11. Dez. 1877 der Ortsarmenbehörde Mühlen zugefertigten Antrag auf Anerkennung der Verpflichtung zur Uebernahme des Anton Roth und seiner Familie erfolgt ist.

II. Sowohl ein Ruhen, als eine Unterbrechung der Frist hat der Kläger geltend gemacht. Er hat schon in der Klage behauptet, daß für Anton Roth Apothekerrechnungen und Beerdigungskosten für ein am 12. Januar 1877 geborenes am 25. Sept. 1877 gestorbenes Kind aus öffentlichen Mitteln bezahlt werden mußten, und in der „Vernehmlassung" betitelten Replik auf die für die Familie des Anton Roth aus öffentlichen Mitteln geleistete Unterstützung Bezug genommen. Zu näherem Nachweis dieser Unterstützung aufgefordert hat sich aber ergeben, daß die von dem Kläger vorgelegte Medikamentenrechnung des Apothekers Schlack vom 12. April 1877 aus den Jahren 1872, 1873 und 1876 im Gesammtbetrag von 9 ℳ. 15 Pf. von dem Apotheker Schlack zunächst gegen Anton Roth erfolglos eingeklagt worden ist. Hieraus ergibt sich, daß die fraglichen Medikamente nicht unter dem Titel einer Armenunterstützung geliefert wurden. Sodann hat Apotheker Schlack mittelst Schreibens vom 12. April 1877, wobei indessen nur die Aechtheit der Unterschrift von dem Bürgermeisteramt Villingen beglaubigt ist,

sich an den Armenrath in Villingen mit der Bitte gewendet, den Betrag der Rechnung auf die Armen- resp. Stadtkasse übernehmen zu wollen. Eine entsprechende Verfügung hierauf erfolgte aber erst am 6. Juni 1878, somit lange nach Ablauf der zweijährigen Frist. Erst durch diese Verfügung wurde die Medikamentenrechnung auf die Armenkasse übertragen, und trat daher erst hiermit die öffentliche Armenunterstützung ein. Da aber ein Ruhen des Laufs der zweijährigen Frist nur während der Dauer der von einem Armenverband gewährten Unterstützung eintritt, die Gewährung der Unterstützung aber erst am 6. Juni 1878 statt hatte, so konnte durch sie auch nicht eine Erstreckung der Frist über die erste Hälfte des Monats Dez. 1877 begründet werden, während die Medikamentenrechnung von 1878 für die vorliegende Frage überhaupt nicht in Betracht kommt. Anders verhält sich dies allerdings bei den Kosten für die Beerdigung des Kindes des Anton Roth. Zwar ist die Bezahlung der hierfür aufgerechneten Posten theilweise erst in der zweiten Hälfte des Monats Dez. 1877 am 27. Dez. 1877 erfolgt, während die andern Posten am 6. 10. und 12. Dez. 1877 ausbezahlt wurden, auch ist nur eine der bezahlten Rechnungen die für den Sarg auf den Armenverband Villingen ausgestellt, während die beiden Rechnungen des Achilles Leuther und der Elisabethe Riegger auf den Namen des Anton Roth lauten, und die Rechnung des Todtengräbers Berthold Greßer keine ersichtliche Adresse hat. Da aber nach der Beurkundung der Stadtverrechnung Villingen die Anweisung des Armenraths Villingen zur Zahlung dieser Rechnungen am 6. Dez. 1877 erfolgte, so ist die von dem Armenverband gewährte öffentliche Unterstützung als an diesem Tag gewährt anzusehen und fällt daher dieselbe in die Zeit des Laufs der zweijährigen Frist. Die sich hierdurch ergebende Dauer der Unterstützung wäre aber ganz abgesehen von dem vorübergehenden Charakter der Unterstützung reichlich bemessen, wenn man annimmt,

daß durch sie der Ablauf der Frist statt auf die erste Hälfte des Monats Dez. 1877 auf den 31. Dez. 1877 hinausgerückt würde.

III. Was aber die von dem Kläger geltend gemachte Unterbrechung des Ablaufs der zweijährigen Frist betrifft, so kann, da der Tag der Absendung des Antrags des Armenraths Villingen vom 6. Dez. 1877 den vorliegenden Aktenstücken nicht zu entnehmen ist, für den Anfang der nach Alinea 3 des §. 27 des Unterstützungswohnsitzgesetzes laufenden Frist von zwei Monaten der 10. Dez. 1877 als der Tag in Rechnung genommen werden, an dem der Antrag „an die vorgesetzte Behörde eines der betheiligten Armenverbände jedenfalls abgesendet worden ist.“ Die Frist von zwei Monaten innerhalb der der gestellte Antrag von dem Kläger weiter verfolgt werden mußte, lief daher spätestens mit dem 10. Febr. d. J. ab. Die Klage des Ortsarmenverbands Villingen kam aber erst am 22. März d. J. bei dem Verwaltungsgerichtshof ein. Gleichwohl glaubt Kläger die Frist von zwei Monaten gewahrt zu haben, innerhalb der der Antrag auf die Uebernahme eines Hilfsbedürftigen verfolgt sein muß, wenn die Unterbrechung nicht als nicht erfolgt angenommen werden soll. Allein in den wiederholten Schritten, die er am 8. Januar 6. und 23. Febr. d. J. gethan hat, um die Ortsarmenbehörde Mühlen zur Anerkennung des erhobenen Anspruchs auf Uebernahme der Roth'schen Familie auf gütlichem Weg zu bewegen, kann die weitere Verfolgung des Antrags, wie sie der dritte Absatz des §. 27 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz verlangt, nicht gefunden werden. Indem das Gesetz hinsichtlich der zweimonatlichen Frist die beiden Fälle der Erfolglosigkeit und der Verfolgung des Antrags einander gegenüberstellt, läßt es als Drittes, das die Unterbrechung nicht aufhebt, das offen, daß der Antrag den gewünschten Erfolg der Anerkennung gehabt hat, nicht aber das, daß die Bemühungen, den Gegentheil zur Anerkennung des Anspruchs auf güt-

lichem Weg zu vermögen, weiter fortgesetzt worden sind. Hätte das Gesetz dieses gewollt, so hätte es eine Erneuerung, nicht eine Verfolgung des Anspruchs fordern müssen. Was das Gesetz unter einer Verfolgung des Anspruchs versteht, ist in §. 36 desselben dahin ausgesprochen, daß dies eine Geltendmachung des Anspruchs vor den zur Entscheidung, sowie zur Vollstreckung der Entscheidung berufenen Behörden d. h. der Spruchbehörde nicht aber der dem betreffenden Armenverband vorgesetzten Verwaltungsbehörde ist, und in Uebereinstimmung hiermit steht es auch, wenn der §. 35 des Gesetzes vorschreibt, daß die Nichtertheilung einer Antwort innerhalb 14 Tagen auf die Anzeige von der Nothwendigkeit einer Unterstützung einer Ablehnung des erhobenen Anspruchs gleich zu achten ist. In Uebereinstimmung mit der Praxis [4] kann daher die Frist von zwei Monaten durch die außergerichtlichen erfolglosen Schritte des Ortsarmenverbands Villingen, den Beklagten zur Anerkennung seines Anspruchs zu bestimmen, nicht als gewahrt angesehen werden.

IV. Ist dem Ausgeführten zu Folge die Unterbrechung des Laufs der zweijährigen Frist für den Verlust eines etwa von Roth in Mühlen Oberamts Horb erworbenen Unterstützungswohnsitzes als nicht erfolgt anzusehen, so ist es nicht Sache des Verwaltungsgerichtshofs, sondern der zuständigen badischen Spruchbehörde, über die Einwendung des Beklagten zu befinden, daß Roth für sich und seine Familie den Unterstützungswohnsitz in Villingen durch zweijährigen ununterbrochenen Aufenthalt daselbst erworben habe. Es bedarf dessen auch zur Entscheidung über den gegen den Beklagten erhobenen Anspruch nicht, da es zur Abweisung des erhobenen Anspruchs vollkommen genügt, daß ein etwaiger Unterstützungswohnsitz, den Roth und seine Familie etwa vor seinem Abzug in Mühlen erworben haben sollte,

---

[4] Wohler's Entsch., V. S. 27, VIII. S. 31, vergl. auch IX. S. 12 ff.

jedenfalls vor Erhebung der Klage durch mindestens zweijährige Abwesenheit verloren gegangen war, und mußte daher wie geschehen in der Hauptsache, wie im Kostenpunkt erkannt werden.

9) Erkenntniß vom 2. August 1878.

Ortsarmenverband Ludwigsburg gegen Ortsarmenverband Steinbach, O.=A. Hall. §. 26 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz.

Der geistig beschränkte Adolph Reinhardt in Ludwigsburg, Sohn eines invalidirten Militärmusikers in Comburg, suchte am 11. Dez. 1877 bei der Ortsarmenbehörde in Ludwigsburg wegen Hilfsbedürftigkeit Unterstützung mittelst Gewährung von Kost aus der Hospitalküche nach. Derselbe ist geboren den 27. Mai 1850, sein Vater starb im Februar 1876 als Mitglied des Ehreninvalidenkorps in Comburg. Am 13. Mai 1876 zog er mit seiner Mutter von Comburg weg nach Ludwigsburg. Die Mutter wurde am 10. Dez. 1877 wegen Krankheit in das Privatkrankenhaus in Ludwigsburg aufgenommen, was die 14 ℳ., die sie monatlich als Gratial erhält, vollständig absorbirte, während Adolph Reinhardt selbst nur in geringem Grad arbeitsfähig ist. Es wurde daher dem Letzteren von der Ortsarmenbehörde Ludwigsburg eine Mittags= und Abendportion erster Abtheilung angewiesen, gegen den Ortsarmenverband Steinbach O.=A. Hall aber, zu dem Schloß Comburg gehört, Anspruch auf Ersatz der geleisteten Unterstützung erhoben. Die Ortsarmenbehörde Steinbach verweigerte jedoch die Uebernahme des Reinhardt, wie den Ersatz, weil der Vater des Reinhardt Comburg, bezw. Steinbach nicht freiwillig zu seinem Aufenthalte gewählt habe, sondern als Ehreninvalide dort garnisonirt gewesen sei, wie denn die Mitglieder des Ehreninvalidenkorps zur aktiven Armee zählen, und deßhalb auch nicht wahlberechtigt seien. Diese Einwendung wurde jedoch in beiden Instanzen (Erkenntniß der Regierung des Jaxtkreises vom 27. Mai 1878) für ungegründet und der Ortsarmenverband Steinbach zur Uebernahme des Adolph Reinhardt

und zum Ersatz der verausgabten Unterstützung von täglichen 60 Pf. für verpflichtet erkannt, weil nach §. 12 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz verglichen mit §. 26 desselben Gesetzes nur ein zur Erfüllung der Militärpflicht im Reichsheere stattfindender Aufenthalt in der betreffenden Garnison als ein die freie Selbstbestimmung in der Wahl desselben ausschließender Aufenthalt angesehen werde, ein Militärinvalide aber nicht zur Erfüllung seiner Militärpflicht diene. Auch einem im Schooße des Gerichts erhobenen Bedenken, ob nicht eine Kaserne den in §. 11 des Gesetzes über den Unterstützungswohnsitz Abs. 2 aufgeführten Bewahranstalten beizuzählen, und deßhalb ein Aufenthalt in derselben den Beginn der Frist für die Erwerbung des Unterstützungswohnsitzes nicht begründen könne, wurde keine Folge gegeben, weil die Aufführung der Bewahranstalten zwischen den Kranken- und Heil-Anstalten klar lege, daß unter denselben andere Anstalten als Kasernen verstanden seien. Sodann konnte bei den zwischen Comburg und Steinbach bestehenden Gemeindeverhältnissen der weiteren Einwendung des Beklagten, daß Comburg eine von der Gemeinde Steinbach abgeschlossene und zu der letzteren in keiner Beziehung stehende Staats-Anstalt sei, keine Folge gegeben werden.

10) Erkenntniß vom 18. Sept. 1878.

Ortsarmenverband Leinzell Kläger, Berufungsbeklagter, gegen Ortsarmenverband Wäschenbeuren Beklagten, Berufungs-Kläger.

In der Berufungssache des Ortsarmenverbands Wäschenbeuren, Oberamts Welzheim, Beklagten, Berufungs-Klägers gegen den Ortsarmenverband Leinzell, O.-A. Gmünd, Kläger, Berufungsbeklagten, Ersatzforderung betr., wurde unter Bestätigung des Urtheils der Regierung des Jaxtkreises vom 16. März 1878 Beklagter, Berufungskläger für schuldig erkannt, dem Kläger, Berufungsbeklagten den für Eduard Eberhard in Leinzell geleisteten Aufwand für

Wohnungsmiethe mit 3 ℳ. 27 Pf. zu ersetzen und sämmtliche Kosten des Streits zu tragen:

Gründe.

Den von der Kreisregierung ihrem Erkenntnisse beigefügten Entscheidungsgründen, ist auch nach dem Ergebniß der in dieser Instanz gepflogenen Verhandlungen beizutreten. Insbesondere können die gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen Eduard Eberhard erhobenen Einwendungen, welche der Berufungskläger überdieß durch das in der Berufungsschrift Vorgetragene in keiner Weise zu bescheinigen vermochte, als begründet nicht erkannt werden. Wenn ferner der Berufungskläger speziell bezüglich der Anfangszeit des Aufenthalts des Eberhard in Wäschenbeuren das Zeugniß des Fabrikaufsehers Ulmer daselbst, wonach Eberhard dort am 16. oder 17. Juni 1874 in Arbeit getreten ist, deßhalb für bedeutungslos erklären zu können glaubt, weil Letzterer zu dieser Zeit noch allabendlich nach seinem früheren Wohnort Göppingen zurückgekehrt sein könne, so stehen dieser Annahme nicht nur die Aussagen Eberhards, sondern auch sämmtlicher übrigen in dieser Sache vernommenen Zeugen entgegen, indem sich aus diesen Aussagen vielmehr ergibt, daß Eberhard in die Rosenthal'sche Fabrik in Wäschenbeuren eintrat, in der Absicht, den Aufenthalt in dem gedachten Orte zu nehmen.

Seine wiederholte Berufung sodann auf den Eintrag in dem amtlichen Verzeichniß der in der Gemeinde Wäschenbeuren neu anziehenden Personen, wornach der Abzug der Eberhard'schen Familie von da am 13. Juni 1876 erfolgt wäre, hat der Berufungskläger in der Berufungsschrift dahin erläutert, daß an dem gedachten Tage von der Eberhard'schen Ehefrau der Abzug der Familie angemeldet und derselben der Heimathschein des Eduard Eberhard zurückgegeben worden sein soll. Dieser, soweit die Abmeldung betrifft, von dem Berufungsbeklagten auf Grund des Zeugnisses der Eberhard'schen Ehefrau bestrittenen und sonst durch Nichts nachgewiesenen Behauptung

kann jedoch eine entscheidende Bedeutung schon deßhalb nicht beigelegt werden, weil die Absicht den Aufenthalt aufzugeben, in rechtlich wirksamer Weise nur von Eduard Eberhard selbst als dem Oberhaupt der Familie und von einem Dritten nur mit seinem Einverständniß hätte erklärt werden können; Eberhard aber befand sich zu jener Zeit gar nicht in Wäschenbeuren, sondern in Vorderlinthal bei seinem Vater, und es hatte derselbe damals, wie sich auch aus dem Zeugnisse eben dieses seines Vaters, sowie demjenigen seiner Ehefrau ergibt, in Wirkkichkeit noch keineswegs die Absicht, den Aufenthalt in Wäschenbeuren aufzugeben. Als die Kundgebung einer solchen Absicht kann insbesondere auch die Thatsache des kaum erwähnten Besuchs des Eberhard in Vorderlinthal, sowie sein dem letzteren vorangegangener Aufenthalt in Göppingen, woselbst er kurze Zeit wieder in Arbeit gestanden war, deßhalb nicht gelten, weil hiedurch seine jederzeitige Rückkehr nach Wäschenbeuren, die auch von Göppingen aus jeden Abend erfolgte, keineswegs ausgeschlossen war. Nachdem er seine Familie und seinen Hausrath dort zurückgelassen hatte, muß vielmehr in Ermangelung einer derartigen Kundgebung angenommen werden, daß Eberhard den Aufenthalt in Wäschenbeuren jedenfalls in so lange beibehalten wollte, und auch beibehalten hat, als er nicht einen andern ständigen Aufenthalt gewählt hatte, und demgemäß wirklich von dort hinweggezogen war, was frühestens dem Zeugniß des Joseph Beck zufolge am 23. Juni 1876 geschehen ist.

Da hiernach Eberhard den Unterstützungswohnsitz in Wäschenbeuren erworben, und solchen zur Zeit, als er während seines späteren Aufenthalts in Leinzell hilfsbedürftig wurde, noch besessen hat, so mußte wie geschehen erkannt werden.

b) Art. 10 Ziff. 7 des Gesetzes.

1) Erkenntniß vom 17. Juli 1878.

Gemeinde Dobel, O.-A. Neuenbürg gegen Staatsfinanzverwaltung. Wiederaufnahmeklage.

Gegen die durch Erkenntniß vom 5. Februar d. J. erfolgte Abweisung ihrer Klage (Nr. a der Darstellung der Rechtsfälle des vorigen Halbjahrs, Arch. Band XIX. S. 202) gegen die K. Staatsfinanzverwaltung reichte die Gemeinde Dobel O.-A. Neuenbürg eine Wiederaufnahmeklage ein, die jedoch formell, wie materiell aus folgenden Gründen kostenfällig abgewiesen wurde:

I. Die Wiederaufnahmebeklagte hat in ihrer Vernehmlassung auf die Wiederaufnahmeklage mit vollem Recht geltend gemacht, daß die nach der Klage angeblich unterm 22. März d. J. neu entdeckten Thatumstände der Wiederaufnahmeklägerin nicht nur vor der diesseitigen Entscheidung vom 5. Februar d. J. bekannt waren, sondern auch, wie sie dies aus den eigenen Schriftsätzen der Wiederaufnahmeklägerin nachgewiesen hat, von derselben bereits geltend gemacht worden sind.

II. Steht dieser Umstand an sich schon der Statthaftigkeit der angestellten Wiederaufnahmeklage nach dem klaren Wortlaut des Art. 753 Ziff. 7 der württ. Civilprozeßordnung im Wege, so sind auch diese behaupteten Thatumstände in keiner Weise geeignet, an den Gründen für die diesseitige Entscheidung das Mindeste zu ändern, noch viel weniger eine Aenderung der diesseitigen Entscheidung selbst herbeizuführen.

III. Was das Letzte betrifft, so hat die Wiederaufnahmeklägerin ganz und gar übersehen, daß der Grund, aus welchem der Verwaltungsgerichtshof dem Reskript der herzoglichen Regierung vom 3. Juni 1768 eine rechtliche Verpflichtung der politischen Gemeinde Dobel gegenüber der Kirchengemeinde zur Tragung der Kirchen- und Kirchenbaukosten nicht zu entnehmen vermochte, nicht allein darauf beruht, daß er nicht als nachgewiesen ansehen

konnte, daß unter den „Kommunen" des gedachten Reskripts die politische Gemeinde verstanden sei, sondern wesentlich darauf, daß aus den Akten über den Streit zwischen der Gemeinde Dobel und den Filialgemeinden Neusatz und Rothensol nirgends zu entnehmen sei, daß es sich damals um eine Verhandlung und Entscheidung der Frage gehandelt habe, ob innerhalb der einzelnen Gemeinde die politische Gemeinde oder die Kirchengemeinde die Verpflichtung zur Uebernahme dieser Kosten habe. In dieser letzteren Hinsicht hat aber die Wiederaufnahmeklägerin lediglich nichts geltend gemacht. Wenn es derselben daher auch gelungen wäre, nachzuweisen, daß die herzogliche Resolution vom 3. Juni 1768 unter den „Kommunen" die politische Gemeinde im Gegensatz zu der Kirchengemeinde verstanden habe, so wäre damit, wie die Wiederaufnahmebeklagte mit vollstem Recht geltend gemacht hat, die diesseitige Entscheidung noch nicht umgestoßen gewesen.

IV. Der Beweis aber, daß die herzogliche Resolution vom 3. Juni 1768 bei den „Kommunen" die politische Gemeinde im Gegensatz zu der Kirchengemeinde habe für verpflichtet erklären wollen ist als mißlungen anzusehen. Vor Allem ist unbegreiflich, wie aus dem Rechtsverhältniß, das aus Anlaß der im Jahr 1827 erfolgten Erbauung eines neuen Schulhauses aus Mitteln der Gemeinde entstanden ist, auch nur im Entferntesten etwas folgen soll für das Rechtsverhältniß, das hinsichtlich des dem Heiligen gehörigen im Jahr 1768 daselbst vorhandenen Schulhauses bestanden hatte. Die ganze Einwendung der Wiederaufnahmeklägerin, soweit sie sich auf das Rechtsverhältniß des erst im Jahr 1827 durch die Gemeinde Dobel erbauten Schulhauses stützt, entbehrt daher jeder Grundlage. Die weiteren Dokumente aber, welche die Wiederaufnahmeklägerin glaubt, geltend machen zu können, sind ebensowenig geeignet, die Bündigkeit des Schlusses als eines möglichen zu beeinträchtigen, den die diesseitige Entscheidung aus den beiden bei Verhandlung des Streits erörterten Thatsachen

gezogen hat, daß das Schulhaus in Dobel im Jahr 1768 dem Heiligen zustand, und hinsichtlich der Kosten desselben die Filialgemeinden Neusaz und Rothensol für beitragspflichtig erklärt wurden, obgleich sie im Jahr 1768 eine eigene Schule hatten, und ihre Kinder die Schule in Dobel für den Volksschulunterricht nicht benützten. Der herzogliche Synodalrezeß von 1783 bezieht sich auf die Sonn- und Feiertagskinderlehren, hat daher auf den Volksschulunterricht keinen Bezug. Der Bericht zur Pastoralrelation von 1787 bestätigt nur, daß der Heilige die Baulast an dem damaligen Schulhaus hatte. Die späteren Erlasse vom 21. März 1819, 28. Februar 1827 und 4. Juli 1827 enthalten nur Bekanntes und soweit sie erheblich sind, bereits früher Gewürdigtes. Wenn ferner der Konsistorialerlaß vom 13. Nov. 1834 einer Schmälerung der Meßnergebühren entgegentritt, so läßt sich daraus nichts für die vorliegende Frage entnehmen. — Die Wiederaufnahmeklägerin hat sodann bei der mündlichen Verhandlung ein Dekret der Sektion der Kommuneverwaltung vom 10. Juli 1816 an das O.-A. Neuenbürg vorgelegt, das nach der Aeußerung ihres Vertreters etwa 8 Tage nach Einreichung der Wiederaufnahmeklage in ihrer Registratur sich vorgefunden hat. Auf diese Urkunde war abgesehen von ihrer Bedeutungslosigkeit für die vorliegende Frage nach Art. 578 der Civil-Proz.-Ordn. nicht einzutreten.

V. Wenn endlich die Wiederaufnahmeklägerinn in ihrer Wiederaufnahmeklage unter Berufung auf Art. 18 des Ges. vom 16. Dez. 1876 betreffend die Verwaltungsrechtspflege glaubt geltend machen zu können, daß die Fragen, „ob das Schulhaus Meßnerhaus und damit eine kirchliche Appertinenz war, ob die Filialisten eigene Schulen hatten, oder nicht, ob die Schulhausbaulast der Filialisten im Schulverband oder im kirchlichen Verband wurzelte," im bisherigen Verfahren gar nicht gestellt, insbesondere auch von der Gegenparthie nicht aufgeworfen waren, den Parteien also auch nicht Gelegenheit gegeben war, sich über

die diesbezüglichen nun der Entscheidung zu Grunde gelegten Thatsachen zu äußern, so übersieht sie, daß sie aus der Erwähnung der Schule in der herzoglichen Resolution vom 3. Juni 1768 den Beweis herstellen wollte, daß unter den „Kommunen" die politische Gemeinde zu verstehen sei und daß, wie die Vernehmlassung der Wiederaufnahmebeklagten mit vollstem Recht geltend macht, wiederum sie die angeführten Thatumstände geltend gemacht hat, es daher grundlos ist, wenn sie behauptet, es sei den Parteien keine Gelegenheit geboten gewesen, „sich über die diesbezüglichen der Entscheidung zu Grunde gelegten Thatumstände zu äußern." Sache des Gerichts war es, die Behauptungen der Wiederaufnahmeklage auf Grund der geltend gemachten Thatumstände zu prüfen, und wenn dasselbe auf deren Grund zu einem anderen Schlusse gelangte, so lag es keineswegs in seiner Aufgabe, über diesen Schluß die Parteien zur Aeußerung aufzufordern, nachdem denselben Gelegenheit gegeben war, sich über die demselben zu Grunde liegenden Thatumständen zu äußern. Das angeführte Gesetz Art. 18 spricht von Thatumständen, nicht von Schlüssen oder Folgerungen, die aus diesen Thatumständen gezogen werden.

VI. Bei der sich hiernach nach allen Seiten ergebenden Grundlosigkeit der erhobenen Wiederaufnahmeklage mußte dieselbe, wie geschehen, abgewiesen werden, und war die Zuscheidung der Kosten und Sporteln des Streits an die Wiederaufnahmeklage eine sich ganz von selbst ergebende Folge ihres grundlosen Streitens.

2) Erkenntniß vom 2. August 1878.

Stiftungsrath Münster, O.-A. Gaildorf gegen fürstl. Standesherrschaft Bentheim-Steinfurt. Verpflichtung zur Theilnahme an Umlagen für Deckung des Stiftungsdefizits.

Die Gemeinde Unterroth, O.-A. Gaildorf, besteht aus 8 Parzellen. Die Pfarrei ist in der Parzelle Münster. Pfarrer in Münster ist der jeweilige Helfer in Gaildorf.

Außer Münster und Unterroth gehören die Parzellen Bröckingen, Kieselberg, Reippersberg und Schönberg in die Pfarrei Münster, wogegen die Parzellen Honkling und Wildgarten, derselben Schultheißerei, nach Gschwend eingepfarrt sind. Früher war auch der Schulverband gemeinschaftlich. Im Jahr 1859 wurde aber in Unterroth eine eigene Schule errichtet, und es enthält die Stiftungsrechnung von Münster pro 1875—1876 folgenden Eintrag:

„In Folge der am 15. Dezember 1859 stattgefundenen Trennung der Schulgemeinde Roth von der Schulgemeinde Münster wurde von da an die Besoldung des Schulmeisters in Münster laut der der Rechnung pro 1859—60 in Abschrift anliegenden Einkommensbeschreibung und den derselben Rechnung sub Nr. 59—66 beiliegenden Auszügen aus dem Schulgemeinderathsprotokoll neu regulirt, in Folge dessen mehrere Einkommenstheile, welche bis daher aus der Stiftungskasse an den Schulmeister bezahlt wurden, auf die Schulgemeinde übergingen. Nach der Einkommensbeschreibung und dem von der Regierung genehmigten Beschluß der Stiftungskollegien vom 19. Juli 1875 (Markumwandlung) hat der Schulmeister aus der Stiftungskasse nur noch zu beziehen:" (folgen die einzelnen Einkommenstheile, die sich ausschließlich auf den Meßner und Organistendienst beziehen).

Sodann sagt diese Rechnung weiter:

„Durch die Errichtung einer eigenen Schule in Unterroth wurde der frühere Schulverband für Münster aufgelöst, für die beiden Schulgemeinden Münster und Unterroth vom 18. Dez. 1859 an, je eine besondere Verwaltung organisirt, und durch Abhörrezeß pro 1859—60 bestimmt, daß von diesem Zeitpunkt an keine Ausgaben mehr auf Schulanstalten dürfen von der Stiftungspflege bestritten werden, die derselben nicht fundationsmäßig obliegen, sei es daß es sich um Besoldungen, Konferenz- oder Gesangvereins-Diäten oder Baukosten handelt, wobei jedoch der unverkürzte Be-

stand und die dauernde geordnete Zustandhaltung des Pfarrstübchens im Schulhause (Absteigzimmer des in Gaildorf wohnenden Pfarrers) gewahrt wurde.

Nun aber wurde von der Schulgemeinde Münster verlangt, daß die Stiftungspflege nach wie vor das Schulhaus in Münster (dasselbe gehört nach der Rechnung der Stiftungspflege) in baulichem Stand erhalte, und nachdem diesem Verlangen nicht entsprochen worden ist, hat sie den Rechtsweg gegen die Stiftungspflege betreten, und wurde durch Erkenntniß des Geheimeraths vom 16. Aug. 1870 dieser Streit dahin entschieden, es sei die Stiftungspflege Münster zur ferneren baulichen Unterhaltung des Schulhauses in seinem dermaligen Bestand, wenn und soweit sie hierzu vermögend, rechtlich verpflichtet. In diesem Jahr wurde wegen Mittellosigkeit der Stiftung aufgewendet: 0."

Nach der Rechnung leidet die Stiftungspflege an einem Defizit und nach dem Etat wurde von dem Stiftungsrath und Bürgerausschuß beschlossen, zur Deckung des Defizits eine Umlage von 820 ℳ. vollziehen zu lassen, die mit dem Etat von dem gemeinschaftl. Oberamt Gaildorf genehmigt wurde. Für diese Umlage wurde eine besondere Resolvirungstabelle angelegt, und der nach dem Staatssteuerbetreff auf jeden Einzelnen entfallende Beitrag von dem Stiftungspfleger eingezogen. Unter den Kontribuenten sind der Herrschaft Limpurg Gschwend (deren jetziger Inhaber der Fürst Bentheim ist) 25 ℳ. 77 Pf. angesetzt. Das Rentamt verweigerte jedoch die Bezahlung, weßhalb die Stiftungspflege Münster bei dem O.-A. Gaildorf Klage gegen das fürstl. Rentamt erhob, die in der Kirchengemeindemarkung Münster befindliche Liegenschaft der Herrschaft Limpurg Gschwend für verpflichtet zu erkennen, zur Deckung des Defizits der Stiftungspflege Münster im Verhältniß ihres Steuerbetreffs beizutragen und für das Jahr 1875—76 25 ℳ. 77 Pf. zu bezahlen. Die Klage bemerkt: Die Beklagte ist auf den zum Kirchenverband

gehörigen Markungen Reippersberg und Schönberg begütert. Die Stiftungspflege, welche die Baulast an Kirche, Kirchhof und Schulhaus hat, hat seit 1836—38 ein jährliches Defizit, das mit Genehmigung des gemeinschaftlichen Oberamts stets auf die Steuerobjekte der Kirchengemeindemarkung nach dem Steuerfuß umgelegt wurde. Beklagte hat seither stets den sie treffenden Antheil bezahlt, was die anliegenden Auszüge aus den Rechnungen beweisen. Durch die Art der Umlage hat sich ein von der Beklagten thatsächlich anerkanntes Herkommen gebildet, weßhalb ihre Weigerung zu bezahlen grundlos ist. — Der Klage waren 43 Auszüge angeschlossen aus der Centralgemeindepflegerechnung (Beil. 2) über die Umlage des Stiftungsdefizits, sodann aus dem Steuer-Empfangs- und Abrechnungsbuch pro 1836—39 (Beil. 3—4. 5.), ferner pro 1840—51 (Beil. 6—16), dann von 1851—60, die anführen Schulkosten (und Stiftungsdefizit) (Beil. 17—25); weiter (Beil. 26) pro 1860—61 wird kein Stiftungspflegedefizit und keine Schulkosten aufgerechnet; dann pro 1859—62 besondere Auszüge für das Stiftungspflegedefizit (Beil. 27—29), Genehmigung einer Nichtumlage pro 1862—63 (Beil. 30); (Beil. 31) Stiftungspflegedefizit pro 1863—64; Unterlassung einer Umlage pro 1864—65 (Beil. 32); Stiftungspflegedefizit mit Zahlung des Rentamts 1865—69 (Beil. 33—37), desgleichen 1869—72 ohne und 1872—75 mit Zahlung, (Beil. 38—42), sodann pro 1874—75 ohne Zahlung (Beil. 43), endlich (Beil. 44) Zahlungsbefehl des Stadtschultheißenamts Gaildorf vom 7. August 1876 zur Zahlung von 25 ℳ. 77 Pf. an das Rentamt und dessen Erklärung, daß der geforderte Betrag deßhalb beanstandet werde, weil Ausmärker keine Kirchenkosten bezahlen.

Die Vernehmlassung macht geltend, daß die Standesherrschaft den geforderten Betrag nicht schuldig sei, weil es Kirchenkosten seien und die Standesherrschaft nicht zu den Kirchspielsgenossen gehöre, auch habe das Oberamt

eine Umlage von Kirchspielskosten auf die Steuerobjekte der Kirchspielsgemeinde nicht genehmigt. Die Gemeindebehörde hat solche Umlagen wider Recht und ohne Wissen und Zustimmung der Ausmärker vollzogen. Daraus bilde sich kein rechtsgültiges Herkommen, sondern die Pflicht zur Rückerstattung des widerrechtlich Bezogenen. Die Zahlung ist kein Anerkenntniß. Sie erfolgte in gutem Glauben, daß Alles im richtigen Geleise sei. In dieser Meinung wurde man dadurch bestärkt, daß die Umlagen unter der Bezeichnung Stiftungsdefizitsumlagen, bezw. Schulkosten gefordert wurden. Ein Schreiben des Schultheißenamts Münster vom 4. August 1876 spricht nur davon, daß der Stiftungspflege Münster die Zahlung von Beiträgen für Schulzwecke obliegt, welche unter dem Namen Stiftungspflegedefizit umgelegt werden, und nach altem Herkommen durch Umlage auf sämmtliche Steuerpflichtige auch die Ausmärker aufzubringen sind. Auch hat die Standesherrschaft die Umlage nicht ohne Widerspruch bezahlt, sondern nach der Anlage Verwahrung eingelegt. — Die Anlage der Vernehmlassung ist eine Quittung für die Umlage von 1859—60. „Die Stiftungspflege erhält, übrigens vorbehältlich aller Rechtszuständigkeiten und Reklamationen fürstlicher Standesherrschaft aus deren Grundbesitz und auf spätere definitive Abrechnung pro 1859—60 an Heiligem Defizit und Schulkosten von diesseitigem Altsteuerbarem 4 fl., Neusteuerbarem 7 fl. 59, zusammen 11 fl. 59. Gaildorf den 3. Juni 1861. Fürstl. Rentamt N. Eilf Gulden fünfzig neun Kreuzer baar empfangen. Münster den 11. Juni 1861. Stiftungspfleger N."

Die Replik behauptet: Der Stiftungspflege fundationsmäßig obliegende Kirchenkosten dürfen auf die Steuerobjekte umgelegt werden. Die Baulast an Kirche, Kirchhof und Schulhaus liege der Stiftungspflege fundationsmäßig ob, entstehe ein Defizit, so haben es diejenigen zu decken, die für das Defizit aufzukommen haben, ohne daß zu untersuchen sei, woher das Defizit stamme, wenn nicht

der Stiftungspflege fremde Zwecke es veranlaßt haben, und auch dann steht der Umlage nichts im Wege, wenn keiner der Betheiligten Widerspruch erhebt. Dies sei, wie die Beilagen zur Klage nachweisen, nicht der Fall gewesen. In denselben sei das Defizit stets als Stiftungsdefizit bezeichnet worden. Daraus habe sich ein Herkommen gebildet, da in der Zahlung ein Anerkenntniß liege. Dem könne sich die Beklagte jetzt nicht mehr entziehen. Der Vorbehalt auf der Quittung von 1861 könne nach geleisteter Zahlung nur auf unrichtige Berechnung bezogen werden; daß das Defizit nicht allein durch Schulkosten entstanden sei, habe das Rentamt nach seinem Schreiben vom 3. Juni 1861 wohl gewußt, da in dem Schreiben stehe am Heiligen und Schulkosten. Uebrigens wird das Zugeständniß hinsichtlich der Verpflichtung für die Schulkosten acceptirt.

Duplik: Sache der Kirchengemeinde, nicht des Stiftungsraths ist es über Umlagen zu Deckung des Defizits zu beschließen. Zu diesen Kosten ist Beklagte als Ausmärker nicht beitragspflichtig. Zu den Schulkosten ist Beklagte der politischen Gemeinde nicht dem Stiftungsrath gegenüber beitragspflichtig. Zu dem Herkommen fehlt die Unvordenklichkeit, und hätte sich dasselbe gegen die politische Gemeinde nicht gegen den Stiftungsrath gebildet. Dagegen, daß die Zahlung als Anerkenntniß gedeutet werde, hat sich Beklagte speziell verwahrt. Die Gemeinde Unterroth besteure sogar dasselbe Grundstück mit Schulkosten für Münster und Unterroth.

Inzwischen war der 1. Okt. 1877 herangekommen, ohne daß das Oberamt erkannt hatte. Die Regierung aber wies die Klage, soweit sie die Bezahlung kirchlicher Kosten in sich begreift, unterm 11. Januar 1878 kostenfällig ab. Beklagte, sagt die Regierung, bestreitet die Beitragspflicht für die Schulkosten nicht, dagegen die für die Kirchenkosten, während die Umlage beide Kosten in sich begreift. Zu Kirchenkosten sind aber nur die Kirchengenossen

beitragspflichtig, und nicht widersprochen ist, daß die Beklagte nicht Kirchengenosse ist. Die oberamtliche Genehmigung involvirt keine Entscheidung über die Beitragspflicht, da sie nur das Defizit konstatirt, und die Zulässigkeit der Umlage ausspricht. Ein Herkommen ist abgesehen von der Verwahrung von 1861 nicht nachgewiesen, dagegen ist noch auszuscheiden, was unter den 25 *M.* 77 Pf. an Schul- und sonstigen Kosten, welche nicht bestritten sind, begriffen ist.

Nach rite ausgeführter Berufung und Schriftenwechsel wurde die Kreisregierung unter Beziehung auf §. 130 des Verwaltungsedikts zunächst zur Aeußerung über die Legitimation des Stiftungsraths, die Umlage zu vertreten aufgefordert und in einigen andern Punkten instruirt. Die Regierung forderte den Anwalt des Klägers zur Aeußerung auf, der erklärte:

I. Der Stiftungsrath stütze seine Legitimation auf Herkommen. Schon nach dem anliegenden Protokoll-Auszug vom 14. Nov. 1830 habe der Stiftungsrath nach Vorgängen das Defizit der Stiftungspflege nach dem Steuerfuß zur Umlage gebracht. (Die Beilage besagt: „daß nach Abhörrezeß der Rechnung pro 1826—28 das Defizit von 102 fl. 24 kr. mit der nächsten Umlage in Kirchen- und Schulsachen zur Umlage gebracht werden soll. Da jedoch im laufenden Rechnungsjahr 1830—31 schon 286 fl. zur Umlage kommen, und eine größere Kontribution die Steuerkontribuenten zu sehr in Anspruch nähme, so wird mit Zustimmung des Bügerausschusses beschlossen, diese 102 fl. 24 kr. erst nächstes Jahr gleich den Vorgängen nach dem Steuerfuß zur Umlage zu bringen)." Schon Ende der 1860er, Anfangs der 1870er Jahre haben wegen einer Beschwerde des Rentamts über zu hohe Einschätzung Verhandlungen über die Steuer, darunter auch über die Umlagen für das Stiftungsdefizit stattgefunden, die im Jahr 1871—72 zum Abschluß kamen. Die Schuld des Rentamts für 1861—69 betrug hierfür 26 fl. und waren 25 kr. zuviel erhoben. (Nach der gleichfalls beigeschlossenen Abrechnung richtig, am Schluß der

Abrechnung ist jedoch nur bemerkt, daß das Rentamt nichts gegen die Berechnung einzuwenden habe). Die fürstliche Herrschaft hat daher auch damals ihre Verpflichtung anerkannt.

II. Der Stiftungsrath besteht aus dem Geistlichen, dem Stiftungspfleger und dem Gesammtgemeinderath mit Ausschluß des Mitglieds der nach Gschwend eingepfarrten Parzelle Honkling, weßhalb eine Deckung des Defizits durch die Gemeindekasse nicht möglich ist.

Die Kreisregierung berichtete: Da §. 130 des Verwaltungsedikts die Gemeindekasse zu Bezahlung kirchlicher Kosten nicht verpflichtet, weil die Realisirung kirchlicher Zwecke nicht im Wesen der politischen Gemeinde liegt, so haben auch ihre Organe über diese Defizitsdeckung nicht zu beschließen. Der §. 130 Abs. 1 des Verwaltungsedikts schließt aber nicht geradezu aus, daß der Stiftungsrath Umlagen zur Deckung des Defizits beschließt, denn es ist dem Stiftungsrath zur Erwägung gegeben, wie sonst das Defizit gedeckt werden soll. Da nun ebensowenig zugegeben werden kann, daß die Stiftung durch die kirchlichen Kosten angegriffen wird, die politische Gemeinde keine Verbindlichkeit dazu hat, so hat die Praxis sich dadurch geholfen, daß man den Stiftungsrath für berechtigt erkannt hat, Behufs der Deckung des Stiftungsdefizits Umlagen auf die Kirchengenossen zu beschließen, zu vollziehen und zu vertreten, wofür sich auf zahlreiche Abhandlungen in diesem Archiv [5] und Boschers Zeitschrift [6] für freiwillige Gerichtsbarkeit, sowie die von dem Ministerium des Innern im Jahr 1866 gemachten Erhebungen bezogen wird. Aus denselben ergebe sich, daß die Zuständigkeit des Stiftungsraths zur Umlage des Stiftungsdefizits einer allgemeinen Uebung entspricht, die schließlich die Anerkennung des Ministeriums des Innern und des Geheimenraths gefunden hat. In Münster fällt der politische Verband mit dem

---

[5] B. 7, S. 399 u. f., 318, 320, B. 9, S. 73, 75, B. 14, S. 237, 304, 412.

[6] B. 10, S. 57.

kirchlichen bis auf die Parzellen Honkling und Wildgarten, die nach Gschwend eingepfarrt sind, zusammen. Der Stiftungsrath besteht aus dem Gesammtgemeinderath ausschließlich des Mitglieds von Honkling, dem Ortsgeistlichen und dem Stiftungspfleger. Er ist also nach gesetzlicher Vorschrift zusammengesetzt. Die Weglassung je eines Mitglieds des Gemeinderaths und Bürgerausschusses folgt aus dem Mangel eines Antheils von Honkling und Wildgarten an der Stiftung. Der Stiftungsrath mit dem Bürgerausschuß beschließt die Umlage des Defizits, die der Stiftungspfleger einzieht. So wurde es seit mehr denn 47 Jahren gehalten, und die Beklagte hat mit Ausnahme einer Bemerkung in der Duplik gegen die Legitimation nichts eingewendet.

Durch Erkenntniß vom 2. August 1878 wurde die Berufungsklage von dem Verwaltungsgerichtshof kostenfällig verworfen.

I. Nach dem §. 130 des Verwaltungsedikts „hat der Stiftungsrath bei der Unzulänglichkeit des Stiftungsvermögens für die der Stiftungspflege obliegenden Ausgaben und Leistungen sorgfältig zu erwägen, auf welche Weise das Defizit der Stiftungspflege durch Beschränkung oder Einstellung der vorgesehenen Ausgaben, Inanspruchnahme Anderes, oder ob und wie etwa sonst dasselbe gedeckt werden dürfte. Die Gemeindekasse ist zur Deckung des Defizits nur für Ausgaben verbunden, die in Ermangelung oder bei der Unzulänglichkeit besonderer Stiftungen der Gemeinde unmittelbar obliegen, oder nach allmäliger Erschöpfung der ersteren auf die letzteren zurückfallen würden.“ Da aber die Verwaltung des Gemeindevermögens, insbesondere die Festsetzung des Kommunschadens und die Dekretur von Ausgaben auf die Gemeindekasse Sache des Gemeinderaths, soweit vorgeschrieben unter Zustimmung des Bürgerausschusses, ist, so ist, insoweit es sich um die Uebernahme des Defizits der Stiftungspflege nach Maßgabe des §. 130 des Verwaltungsedikts handelt, nach den Bestimmungen des Gesetzes nur der Gemeinderath, nicht

der Stiftungsrath befugt, die Uebernahme des betreffenden Defizits auf die Gemeindekasse zu verfügen, die zu Deckung desselben aus Gemeindemitteln geeigneten Beschlüsse, insbesondere hinsichtlich einer Umlage auf das steuerbare Vermögen der Gemeinde zu fassen, und die Folgen dieses Beschlusses den Einzelnen und den Behörden gegenüber zu vertreten, bezw. durchzuführen. Ein Beschluß des Gemeinderaths liegt aber nicht vor, sondern ein mit Zustimmung des Bürgerausschusses gefaßter Beschluß des Stiftungsraths, der die Umlage verfügt und den Einzug der einzelnen Steuerbetreffe durch den Stiftungspfleger nicht den Gemeindepfleger angeordnet hat.

II. Für diese Abweichung von den bestehenden gesetzlichen Einrichtungen hat seit der Klage ebenso wie für die Verbindlichkeit der Beklagten auf das Herkommen, der vorige Richter aber nachträglich auf die durch die Praxis der Stiftungsräthen zugestandene Befugniß berufen, Namens der Kirchengemeinde Umlagen auf die Kirchengenossen zur Deckung des kirchlichen Aufwands zu verfügen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Annahme des vorigen Richters theils in der Art und Weise des Verfahrens, theils in dem Vorbringen des Klägers ihre Rechtfertigung findet. Außer Zweifel ist, daß ein Umlagerecht für die Kirchengemeinde, soweit solches nicht letzterer selbst zusteht, für den Stiftungsrath jedenfalls nur gegenüber von Angehörigen der betreffenden Kirche, nicht aber gegenüber von Solchen begründet ist, die dieser Kirche nicht angehören. In diesem Falle ist, wenn das Recht der Umlage gegen die Beklagte hierauf gestützt werden wollte, die Klage aus dem schon angeführten Grund abzuweisen, und die dagegen eingelegte Berufung ungerechtfertigt.

III. Das von dem Kläger behauptete Herkommen soll sich sowohl auf das Recht des Stiftungsraths zur Verfügung der Umlage, als auf das Recht, diese Umlage zu dem entsprechenden Betreff von der Beklagten zu erheben, beziehen. Da die Klage in der vorigen Instanz nur in-

soweit abgewiesen ist, als in der Umlage kirchliche Kosten enthalten sind, so kann auch die Berufung nur auf die Verbindlichkeit der Beklagten zur Theilnahme an der Bestreitung der kirchlichen Kosten gerichtet sein. Da die Beklagte nicht als Angehörige der Kirche in Münster für diese Kosten in Anspruch genommen werden kann, so wäre die nothwendige Voraussetzung des Anspruchs an die Beklagte die, daß die Verpflichtung zur subsidiären Tragung der Kosten der politischen Gemeinde als wirkliche Gemeindelast obliegen würde. Abgesehen nun davon, daß in diesem Fall nur dem Gemeinderath nicht dem Stiftungsrath, wie das Recht zur Verfügung der Umlage, so auch zur Vertretung derselben gegen den Einzelnen zustehen würde, ist klägerischerseits für das behauptete Herkommen nur geltend gemacht, daß einmal seit mehr als 47 Jahren der Stiftungsrath stets die Umlage verfügt hat, dann aber, daß die Beklagte ihre diesfallsige Verpflichtung durch Zahlung der auf sie entfallenden Steuern anerkannt hat Es kann dahingestellt bleiben, ob einer bestimmten gesetzlichen Vorschrift gegenüber dadurch, daß eine andere Behörde sich die Befugniß der gesetzlich vorgeschriebenen Behörde beilegt, eine solche Behörde durch fortgesetzte Uebung sich Andern gegenüber ein Recht erwerben kann, daß ihre Verfügungen als solche anerkannt werden, die in ihrer Zuständigkeit liegen. Die Uebung selbst ist in dem vorliegenden Fall, was die Zuständigkeit des Stiftungsraths betrifft, nicht einmal als eine konstante nachgewiesen. Was nämlich den in dieser Instanz vorgelegten Beschluß des Stiftungsraths vom 14. Nov. 1830 betrifft, so lag derselbe innerhalb der gesetzlichen Zuständigkeit des Stiftungsraths, da er nicht eine Umlage verfügt, sondern von einer solchen für dieses Jahr Umgang nehmen will, worüber dem Stiftungsrath deßhalb die erste Stimme gebührte, weil in Frage stand, ob die Stiftung dadurch früher oder später zum Ersatz ihrer Forderung gelangen sollte. Die Vorgänge aber, auf welche der Beschluß Bezug nimmt,

bezogen sich nicht auf die Zuständigkeit des Stiftungsraths, sondern entweder auf die Vertagung der Umlage oder auf deren Bewerkstelligung nach dem Staatssteuerfuß. Die Beilagen zur Klage aber weisen nur nach, daß für das Jahr 1837—38 die Umlage nicht in der Rechnung der Stiftungspflege, sondern in der Centralgemeindepflegerechnung verrechnet ist (Beil. 2), daß ferner der Betreff der Beklagten an dem Defizit der Heiligenpflege in den Jahren 1836—59 mit den übrigen Steuern für den Staat und die Gemeinde, somit nicht durch den Stiftungspfleger zum Einzug kam (Beil. 8—24) und daß erst von 1859—60 an die Stiftungspflege den Betreff an dem Stiftungsdefizit zum Einzug gebracht hat (Beil. 27—43). Sie legen daher in keiner Weise dar, daß der Beklagten gegenüber bis zum Jahr 1859—60 der Kläger als der Berechtigte sich gerirte, und es ist demgemäß eine durch Herkommen erlangte Zuständigkeit des Klägers nicht nachgewiesen.

IV. Was aber das durch Herkommen erlangte Recht des Klägers auf diese Umlagen von Seite des Beklagten betrifft, so sind nach den Akten zu unterscheiden:

1) die Zeit von 1836—49, in welcher die Beklagte bloß für ihr altsteuerbares Kataster zu Gemeindeumlagen beitragspflichtig war, und in der die Schulkosten in ausgedehnterer Weise in der Rechnung der Stiftungspflege in Ausgabe kamen;
2) die Zeit von 1849 an, in der das ganze Kataster der Beklagten zu den Gemeindeumlagen beitragspflichtig wurde und innerhalb dieser Zeit
   a) die Periode von 1849 bis 18. Dezember 1859, wo verfügt wurde, daß von diesem Zeitpunkt an von der Stiftungspflege keine Ausgaben mehr für die Schulanstalten bestritten werden dürfen, und
   b) die Periode von da an bis jetzt, in der keine

Ausgaben für die Schulanstalten bei der Stiftungspflege in Ausgabe zu stellen sind.

ad 1) Für die erste Periode von 1836—49 betrug nach den Notizen auf den Beilagen zur Klage Ziffer 21 bis 25 das Gesammtkataster der Beklagten über 4000 fl. der neusteuerbare Betrag darunter circa 2600 fl. Die Umlagen für das Defizit der Heiligenpflege waren bis zum Jahr 1846 mäßig. Sie schwankten zwischen 1 fl. 14 und 4 fl. 37 kr. und stiegen erst von 1847 an auf einen höheren Betrag. Da der Einzug der Umlage für das Defizit der Heiligenpflege mit den übrigen Steuern erfolgte, und Schulkosten jedenfalls unter diesem Defizit begriffen waren, so hatte der Vorgänger der Beklagten um so weniger Anlaß, den auf ihn entfallenden Betreff zu beanstanden, als er denn doch zu der Annahme berechtigt war, daß die Behörde bei der Behandlung der Umlage nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften verfahren werde.

ad 2) a. Das Gleiche traf auch für die Zeit von 1849—59 zu, und dies um so mehr, als die eingetretene Erhöhung der Umlage bis zum Jahr 1855, in welchem die Beträge zwischen 6 fl. 10 und 9 fl. 31 kr. schwankten mit der Erhöhung des pflichtigen Katasters um 2600 fl. im Verhältniß standen, überdies aber die Umlage hierfür unter der Bezeichnung Schulkosten (Stiftungsdefizit) von 1851—52 an eingefordert wurden, die Beklagte somit nur der Meinung sein konnte, daß die Forderung nur von den Schulkosten herrühre. Allein auch

ad 2) b. für die letzte Zeit vom 18. Dez. 1859 an sind die Anfänge eines Herkommens nicht nachgewiesen. Zwar sollten nach der Organisation vom 18. Dez. 1859 an keine Ausgaben auf Schulanstalten mehr von der Stiftungspflege bestritten werden, und nach der von dem Kläger vorgelegten Rechnung der Stiftungspflege von 1875—76 scheint dies auch eingehalten zu werden, sofern die unter der Rubrik „III. 2 D. auf Schulanstalten“ in

Ausgabe gestellten 122 M. 27 Pf. nicht eigentliche Ausgaben für die Schule, sondern für den Schullehrer als Meßner oder Organist und damit als Kirchendiener zu sein scheinen. Auch das Erkenntniß des Geheimenraths vom 16. August 1870 hinsichtlich der Verpflichtung der Stiftungspflege zur Erhaltung des derselben gehörigen Schulhauses hat an der getroffenen Einrichtung, soweit die Defizitdeckung in Frage kommt, nichts geändert; denn dasselbe verpflichtet die Stiftung zu dieser Erhaltung nur insoweit, als dieselbe dazu vermögend ist, daher nicht, soweit sie an einem Defizit leidet, wie denn nach der Rechnung S. 43 aus diesem Grund in dem Rechnungsjahr 1875—76 nichts auf das Schulhaus verwendet wurde. Daß aber die Beklagte Kenntniß von der eingetretenen Aenderung erhalten hätte, ist von Seite der Kläger nicht behauptet und über dies hat die Beklagte die erste Zahlung pro 1859—60 am 3.—11. Juni 1861 nur unter Vorbehalt aller Rechtszuständigkeiten und Reklamationen fürstlicher Standesherrschaft geleistet.

Ist hiernach ein die Beklagte zur Zahlung verpflichtendes Herkommen schon nach der Seite der geleisteten Zahlungen nicht nachgewiesen, so würde dasselbe überdies, was die aus einer Verpflichtung der politischen Gemeinde gegenüber der Kirchengemeinde hervorgehende Verbindlichkeit der Beklagten zur Theilnahme an Umlagen für kirchliche Bedürfnisse betrifft, nicht nur fordern, daß die politische Gemeinde einfach für diese Leistung eingetreten ist, sondern, daß die politische Gemeinde dies im Bewußtsein der Verpflichtung und in der Absicht gethan hat, die der Kirchengemeinde obliegende Last von derselben ab und auf die politische Gemeinde zu übernehmen. Hierfür ist aber von Seite des Klägers irgend ein Moment nicht geltend gemacht worden.

V. Erscheint demgemäß der Anspruch des Klägers gegen die Beklagte nach keiner Seite hin als begründet, und konnte auch weder in den geleisteten Zahlungen, noch

in der Anerkennung der Abrechnung vom 17. Juli 1872 eine Anerkennung der Verbindlichkeit der Beklagten in der in diesem Verfahren zu erörternden Richtung gefunden werden, so mußte, wie geschehen, in der Hauptsache wie im Kostenpunkt erkannt werden. Auf die von beklagter Seite in der vorigen Instanz in der Duplik und dem Schreiben des Rentamts vom 7. Dez. 1877 angeregte Beschwerde darüber, „daß die Gemeindebehörde ein und dasselbe Grundstück nicht bloß mit Unterrother, sondern auch mit Münsterner Schulkosten zu belasten, also einer Doppelbesteuerung zu unterwerfen suche", war in diesem Verfahren nicht einzugehen, vielmehr muß der Beklagten überlassen bleiben, falls eine solche Doppelbesteuerung geübt werden sollte, ihre Rechtszuständigkeiten in besonderem Verfahren geltend zu machen.

b. Art. 10 Ziff. 7.

3) Erkenntniß vom 25. Sept. 1878.

Christian Stöhr von Ulm gegen Stadtgemeinde Ulm.
Gewerbebesteuerung. Fortbetrieb des Geschäfts.

Der Bauunternehmer Stöhr in Ulm war in dem Gewerbekataster mit $3^1/_2$ Personen als Gehilfen und 600 fl. Betriebskapital eingeschätzt. Am 23. Juni 1875 zeigte er an, daß er das Geschäft nicht mehr betreibe. Im Frühjahr 1876 kaufte er neue Bauplätze und meldete sich im April 1876 wieder zur Gewerbesteuer an. Da ihm aber die Steuer von dem ganzen Jahr angesetzt wurde, reklamirte er dagegen bei dem Stadtschultheißenamt und bat um Beschränkung der Steuer auf die Zeit vom 1. April 1876 an. Da jedoch Stöhr nach einem Bericht der Stadtpflege unterm 7. April 1875 um Erlaubniß zur Herstellung eines Hintergebäudes mit Stall, am 21. Jan. 1876 um Erlaubniß für 2 Doppelwohnhäuser in der Wildtstraße, 4. Februar 1876 für 3 Wohnhäuser in der Neuthorstraße gebeten hatte, die auch genehmigt wurden,

auch bei Vorlegung des Baugesuchs vom 21. Januar 1876 der Gewerbesteuersatz noch nicht abgeschlossen war, weßhalb die Exkatastrirung unterblieb, so wies der Gemeinderath unterm 7. Sept. 1876 das Gesuch ab.

Stöhr beschwerte sich dagegen bei dem Oberamt, das über die Bauthätigkeit des Stöhr Bericht einzog. Die Stadtpflege zeigte an, daß Stöhr das Areal für das im Jahr 1875 an der Karls- und Neuthorstraße erstellte Haus und die im Jahr 1876 an der Neuthorstraße erstellten Gebäude im Jahr 1872, weitere Bauplätze im Jahr 1876 gekauft habe. Sodann legte sie eine Aeußerung des Baukontroleurs Lehle vor, nach der Stöhr am 3. Februar 1875 die Erlaubniß zur Erbauung des Hauses am Eck der Karls- und Neuthorstraße (Karlsstr. Nr. 9) erhielt, sowie am 11. Mai 1875 zur Erbauung eines Hinterhauses zu demselben. Im Rohbau waren beide Häuser am 24. April 1875 so ziemlich fertig, im Innern waren sie (wenigstens das Vorderhaus) noch nicht ganz vollendet, am 27. Okt. 1875, es fehlten noch Oefen und dergl. Am 16. Dez. 1875 war das Eckhaus ganz fertig.

Stöhr hierüber vernommen gab an: Ich hatte das Geschäft im Sommer 1875, wie ich mich abgemeldet habe, aufgegeben. Das mir am 11. Mai 1875 gestattete Hintergebäude stand schon vorher. Da sich die Erlaubniß wegen Einsprache der Eisenbahnverwaltung lange verzögerte, hieß mich der Kontroleur fortmachen; im Juli 1875 waren die Stallungen schon bezogen. Das Vordergebäude stand schon im Herbst 1874 unter Dach, im März 1875 habe ich es fertig gemacht, was meine Arbeit betrifft, Anfangs Juli war das ganze Gebäude bewohnt. Vom Mai an schon hatte ich mit dem Bauwesen nichts mehr zu thun, das Haus war fertig, wenn auch da und dort ein Ofen gefehlt haben mag. Ich hatte das Geschäft am 1. Juli 1875 aufgegeben, auch den einzigen Bauplatz, den ich noch hatte, durch Kommissionär Wagner zum Verkauf angeboten, aber kein annehmbares Angebot erhalten. Ich

mußte wegen Unwohlseins $2^1/_2$ Monate in das Bad. Wenn z. B. Maurermeister Kneer in Söflingen in demselben im Spätjahr 1875 Gas- und Wasserleitung einrichtete, so heißt dies nicht, das Geschäft als Bauunternehmer betreiben. Das kommt überall vor, daß nachträglich noch etwas eingesetzt wird. Ich habe vom 1. Juli 1875 an keinen einzigen meiner Arbeiter mehr beschäftigt, und für sie, nicht für die Arbeiter Anderer bin ich zur Steuer eingeschätzt. Erst im Jahr 1876, als mein Sohn, der Bauführer bei der Festung war, wieder zurückkehrte, entschloß ich mich, das Geschäft wieder aufzunehmen. Ich habe Bauplätze gekauft und im Januar 1876 Pläne eingereicht, und dann vom März oder April 1876 an wieder Bauten ausgeführt, im März war es wegen der Witterung noch nicht einmal viel. Ich will daher auch dagegen nichs einwenden, wenn ich für das zweite Halbjahr zur Steuer gezogen werde, obgleich ich eigentlich erst vom 1. April 1876 an das Baugeschäft wieder begonnen habe. Dagegen glaube ich für das erste Halbjahr keine Steuer schuldig zu sein, da ich mich abgemeldet und kein Baugeschäft mehr betrieben habe.

Der Baukontroleur äußerte sich über diese Angaben dahin: Nach meiner angeschlossenen Anzeige an das Stadtpolizeiamt vom 28. April 1875 war der Dachstuhl des Hauses dem des bestehenden Hauses gegenüber um 0,08—0,1 m zu nieder, bildete also mit dem andern keine ebene Fläche. Sodann war der Kehlesparren in der Mitte abgesägt, um ein Kamin durchzuführen. Da hierdurch die Verbindung der Kehle gestört ist, ist das Dach auf die Dauer unhaltbar." Das Stadtpolizeiamt gab dem Stöhr die Beseitigung dieser Mängel binnen 3 Wochen auf. Ferner Anzeige vom 30. April 1875: „Stöhr führt den Brandgiebel an dem Stallgebäude mit Schlackensteinen auf, die eine feste und sichere Konstruktion nicht zulassen." Verfügung: Der Giebel ist binnen 4 Tagen abzubrechen und mit Backsteinen herzustellen. Weiter: Anzeige vom 30. Juni

1875: „Der Dachstuhl ist nicht abgebrochen, sondern nur in der Nähe des bestehenden Gebäudes etwas erhöht worden, auch ist die Verbindung der Kehle ungenügend." Vernehmung Stöhrs vom 3. Juli 1875: „Ich bin noch nicht fertig. Die Erhöhung wurde ganz durchgeführt, was der Kontroleur für zulässig erklärte. Wegen der Kehle habe ich den Kontroleur um Instruktion gebeten." Im Mai 1875 war hiernach das Haus in der Hauptsache allerdings fertig. Der Dachstuhl mußte aber geändert werden, was erst im Juli 1875 geschah. Auch im Innern mußte noch Manches gefertigt werden, wozu Maurer nöthig waren. Dieser Aeußerung lag noch ein Zettel bei, nach dem vom 13. Juli bis 27. Sept. 1875 verschiedene Leute in das Haus einzogen.

Der Gemeinderath bezog sich in seiner Vernehmlassung auf diese Aktenstücke, die beweisen, daß das Haus erst im Juli 1875 beendigt wurde, weßhalb Stöhr das Baugeschäft noch im Juli betrieben habe.

Stöhr erklärte dagegen am 16. Juni 1875: Die Arbeiten in Folge der Kontrole habe ich nicht durch eigene Leute, sondern durch Maurermeister Reitter in Söflingen und Zimmermeister Mutscheler in Ulm, wie jeder andere Hausbesitzer ausführen lassen. Außer dem zum Verkauf ausgebotenen Bauplatz habe ich keinen besessen, erst im Jahr 1876 habe ich weitere Bauplätze um 30000 fl. gekauft. Ende Mai 1875 habe ich meine Leute entlassen und erst im März 1876 neue angenommen. Ich bin doch nicht Bauunternehmer, wenn ich Arbeiten an eigenen Häusern durch selbstständige Meister ausführen lasse. Ich habe 11 Gebäude und da kann jede Woche etwas vorkommen. Da müßte ich immer für einen Bauunternehmer gelten und Steuer zahlen.

Da das Oberamt am 1. Okt. 1877 noch kein Erkenntniß gefällt hat, ging der Streit an die Kreisregierung über, welche das Oberamt anwies, den Stöhr über die Aeußerung Löhles speziell zu vernehmen. Stöhr gab an:

Der Dachstuhl, die Kehle am Dach, wurde am 27. Nov. 1875 gemacht. Dies beweist die Rechnung von Walter und Mayer, die ich hiermit vorlege; (dieselbe enthält neben Aufrechnung von 10 ℳ. 8 Pf. für 175 Stück Backsteine, 25 Metersteine, 18 Stück Dachplatten vom 28. Nov. 1875, 1 Geselle $4\frac{1}{2}$ Tag à 3 ℳ., 13 ℳ. 50 Pf.). Diese sind selbst Bauunternehmer, arbeiten auf Kundschaft und liegen selbst in der Gewerbesteuer. Ich ließ durch sie die Arbeit besorgen, weil ich selbst keine Arbeiter mehr hatte. Auch Anderes ließ ich nachträglich durch andere Unternehmer machen.

Unterm 19. Februar 1878 erkannte die Regierung des Donaukreises den Kläger für verbunden, die Gewerbesteuer vom 1. Juli bis 31. Dez. 1875 zu entrichten, weil er nach seinem eigenen Zugeständniß noch nach dem 1. Juli 1875 die Aufführung des Hauses Karlsstraße Nr. 9 in wesentlichen Beziehungen weiter gefördert und damit das Gewerbe als Bauunternehmer fortgesetzt hat, insofern erst in der zweiten Hälfte des Jahrs 1875 der Dachstuhl erhöht, und die Verbindung an der Kehle hergestellt wurde. Der Umstand, daß diese Arbeit von andern Bauunternehmern hergestellt wurde, ändert an seiner Betheiligung nichts, da die Letzteren jedenfalls nur im Auftrag des ursprünglichen Bauunternehmers gehandelt haben.

Die rite eingekommene Berufungsschrift macht geltend, daß er als Bauunternehmer nur Maurer beschäftigt habe, alle anderen Arbeiten habe er durch andere Meister und deren Arbeiter ausführen lassen. Seine Arbeiter seien vor dem 1. Juli 1875 alle entlassen gewesen. Im Vergleichsweg habe er die Steuer für das zweite Halbjahr angeboten, der Gemeinderath habe aber dies nicht angenommen, da die Sache aber jetzt doch an die höhere Behörde komme, und die Steuer vom 1. Juli an gehe, so bitte er, den Gemeinderath auch mit der zweiten Hälfte der Steuer abzuweisen. Der Gemeinderath bezog sich in seiner Vernehmlassung auf die Akten.

Der Verwaltungsgerichtshof ließ durch Einforderung eines Auszugs aus der Liste des Polizeiamtes über die polizeilich an- und abgemeldeten Arbeiter für die von Stöhr beschäftigten Arbeiter, sowie durch Vernehmung von Zeugen für die Art und Weise der Ausführung der Arbeiten an dem Hause Karlsstraße Nr. 9 noch näheren Grund machen. Das von den Parteien nicht beanstandete Ergebniß dieser Erhebungen war:

1) Nach der Liste hatte Stöhr im Jahr 1869 2 Taglöhner, 1870 einen Taglöhner und einen Zimmermann, 1871 und 1872 einen Maurer, 1873 einen Maurer und einen Handlanger, 1874 zwei Maurer angemeldet. Ein Austritt ist nur bei den im Jahr 1874 angemeldeten Maurern vorgemerkt. Bei den übrigen ist bemerkt: kein Austritt angezeigt, und bei 2: fort von hier. Im Jahr 1875 ist keine Anmeldung vorgemerkt, die nächste Anmeldung ist vom März 1876. Die Liste ist hiernach mangelhaft geführt.

2) Zimmermeister Mutscheller gab an: Ich hatte die Zimmerarbeit des ganzen Hauses im Akkord gegen bestimmte Preise für die Arbeit (übergibt Preisliste). Das Holz lieferte Stöhr mit Ausnahme des Holzes zu Stiegen und Dachgesims. Ich leitete und beaufsichtigte meine Leute selbst, und wurde von Stöhr in Einer Summe bezahlt. Ob ich nach dem 1. Juli 1875 noch Arbeiten an dem Haus besorgte, weiß ich nicht mehr. An den Taglöhnen meiner Arbeiter hatte ich 6—9 kr. pro Tag für Geschirrgeld.

3) Bauunternehmer Walter (Mayer ist gestorben) gab an: Ein Maurer von mir, Kneer von Söflingen, besorgte Maurerarbeiten an dem Haus, es waren nachträgliche Arbeiten, Reparaturen auf dem Dach und dgl. Ich überließ den Kneer dem Stöhr, er mag 14 Tage damit zu thun gehabt haben. Ob ich den Maurer bezahlte und wer die Materialien lieferte, kann ich nicht sagen, es wurde auf einen Heerd, den ich von Stöhr kaufte, abgerechnet,

die Handlangerin bestellte Stöhr, ich schaute einmal nach, sonst hatte Stöhr die Aufsicht. Es war dies ungefähr im Sommer, ob vor oder nach dem 1. Juli weiß ich nicht. Ich überließ den Kneer dem Stöhr, weil dieser keine Arbeiter mehr hatte, da der Bau im Ganzen beendigt war. Auf Vorzeigen der Rechnung: Diese Rechnung ist von Mayer geschrieben, und von mir quittirt. Sie bezieht sich auf dieses Haus. Daraus geht hervor, daß wir den Gesellen bezahlt und dem Stöhr in Rechnung gebracht haben; eine Provision davon haben wir immerhin gehabt, indessen wird das Datum vom September für die Gesellenarbeit gelten.

Nach öffentlicher mündlicher Verhandlung bei der, wie die Regel, Niemand erschienen war, erkannte der Verwaltungsgerichtshof am 25. September 1878, „daß der Berufungskläger von der Verbindlichkeit zur Entrichtung von Gewerbesteuer für das Halbjahr 1. Juli bis 1. Dez. 1875 unter Verurtheilung der Berufungsbeklagten in die Kosten und Sporteln zu entbinden sei" aus folgenden Gründen:

I. Während in der vorigen Instanz nur die Verbindlichkeit des Berufungsklägers zur Bezahlung der Gewerbesteuer für das Halbjahr 1. Juli bis 31. Dez. 1875 Gegenstand des Streits und damit auch der Entscheidung der Kreisregierung gewesen ist, hat der Berufungskläger in seiner Berufungsklage auch seine in der vorigen Instanz anerkannte Verbindlichkeit zur Entrichtung der Steuer für das zweite Halbjahr bestritten. Da aber die Verhandlung und Entscheidung voriger Instanz sich hierauf nicht erstreckt hat, so muß dem Berufungskläger überlassen bleiben, falls er glauben sollte, mit diesem Anspruch aufkommen zu können, denselben in der vorigen Instanz anhängig zu machen.

II. Wie von Seite der Berufungsbeklagten nicht bestritten ist, hat sich der Berufungskläger wegen der Aufgabe des Geschäfts als Bauunternehmer bei der Stadt-

pflege im Juni 1875 zur Exkatastirung angemeldet, es ist aber dieser Abmeldung keine Folge gegeben worden, weil behauptet wurde, daß der Berufungskläger das Geschäft als Bauunternehmer noch über den 1. Juli 1875 hinaus fortbetrieben habe. Gestützt wird diese Behauptung darauf, daß mehrere Defekte, welche der Baukontroleur Lehle an dem Haus Nr. 9 der Karlsstraße, das dem Berufungskläger gehörte, zur Anzeige brachte, erst in der ersten Hälfte des Steuerjahrs 1875—76 erledigt wurden. Muß man an sich bezweifeln, daß die Erledigung einzelner Defizite an einem, wie nicht widersprochen ist, der Hauptsache nach fertigen Hause an sich als Fortbetrieb eines Baugeschäfts angesehen werden kann, wenn nicht anderweitige Momente für diesen Fortbetrieb geltend gemacht werden können, so ist überdies nach den Akten anzunehmen, daß die Erledigung dieser Defekte nicht durch das Baugeschäft des Berufungsklägers besorgt worden ist. So wenig genau auch die Liste der Arbeiter seines Geschäfts geführt worden zu sein scheint, in welcher die Anzeige des Austritts fast durchaus fehlt, so wird doch bei dem Umstand, daß Bauhandwerksleute in der Regel über die strengere Jahreszeit entlassen zu werden pflegen, die Behauptung des Berufungsklägers über die Aufgabe seines Geschäfts durch die Liste insoferne unterstützt, als für das Jahr 1875 von ihm kein Arbeiter als bei ihm eingetreten angemeldet ist, wie denn auch Zeuge Walter bestätigt, daß der Berufungskläger damals, als die Defekte beseitigt wurden, keine eigenen Arbeiter hatte. Außerdem aber wurden die Zimmerarbeiten an dem fraglichen Haus nicht durch das Baugeschäft des Berufungsklägers, sondern durch den Zimmermeister Mutscheller nach dem Auszug aus dessen Geschäftstagbuch im Akkord besorgt, während die Beseitigung der Defekte an den Maurerarbeiten nach der eidlichen auf Grund der Quittung richtig gestellten Aussage des Zeugen Walter durch das Baugeschäft von Mayer und Walter in derselben Weise vorgenommen

wurde, wie dies gegenüber von jedem andern Privaten geschieht.

III. Fehlt es hiernach an einem Anhaltspunkt, die vor dem 1. Juli 1875 erfolgte Abmeldung des Berufungsklägers zu beanstanden, so mußte wie geschehen erkannt, und mußten Kosten und Sporteln bei der Sachfälligkeit der Berufungsbeklagten zugeschieden werden.

c. Art. 10 Ziff. 17.

Theilgemeinde Deppenhausen gegen Theilgemeinde Stetten. Repartition der Kosten einer gemeinschaftlichen Volksschule. Vermengung von Verwaltungsfragen mit einem Verwaltungsrechtsstreit.

Art. 20 des Volksschulgesetzes vom 29. Sept. 1836 bestimmt:

„Die Kosten einer mehreren Orten gemeinschaftlichen Volksschule werden, soweit nicht Herkommen oder andere Rechtstitel etwas Anderes bestimmen, zwischen den betheiligten Orten nach der Anzahl der im Schulverband stehenden Familien derselben vertheilt.

Jedem einzelnen Orte bleibt überlassen, zu dem ihn betreffenden Antheil zunächst den Ertrag seiner Schulstiftungen und der besonderen Schuleinnahmen von seinen Ortsangehörigen zu verwenden."

Die Pfarrei Kirchen, O.A. Ehingen, hat neben anderen die Filialorte Deppenhausen, Schlechtenfeld und Stetten. Die beiden letzteren haben je eine Schule mit einem Lehrer. Deppenhausen und Schlechtenfeld sind Parzellen der Gemeinde Kirchen, wogegen Stetten eine Parzelle der Gemeinde Dettingen bildet. Vom Jahr 1850 an stand Deppenhausen mit Schlechtenfeld im Schulverband. Im Jahr 1867 suchte es die Trennung von diesem Verband nach, und bat um Zutheilung zu der Schule in Stetten. Es schloß unterm 19. Sept. 1867 mit Stetten einen Vertrag wegen der Schulkosten ab, daß die Schule

auch ferner in Stetten zu bleiben habe, Deppenhausen den 4ten Theil der Baukosten an dem Schulhause leide und an der Lehrersbesoldung jährlich 125 fl. bezahle. An allen andern Kosten, wie Schulholz und andere Bedürfnisse leidet Deppenhausen nichts. Obgleich für diesen Vertrag die höhere Genehmigung beiderseits ausdrücklich vorbehalten war, wurde für denselben die Genehmigung der Kreisregierung nicht nachgesucht. Durch Erlaß vom 14. April 1868 wurde die Umschulung von dem kath. Kirchenrath genehmigt, und am 1. Mai 1868 in Vollzug gesetzt.

Schon im Jahr 1875 fand aber Stetten, daß es zumal bei dem steigenden Schulaufwand durch diesen Vertrag den gesetzlichen Bestimmungen gegenüber zu kurz komme. Es wurde konstatirt, daß Deppenhausen 21, Stetten 25 Familien zähle, der Aufwand für die Jahre 1868—74 4669 fl. 22 kr. somit für ein Jahr 778 fl. 13 kr. betrage, woran Deppenhausen nach dem Gesetz jährlich 355 fl. 16 kr. beizutragen hätte, während es jährlich durchschnittlich nur 180 fl. 14 kr. bezahlte. Es suchte ohne Erfolg im Weg der Verhandlung Auflösung des Vertrags zu erlangen. Nun erhob Stetten gegen Deppenhausen Klage auf Repartirung der Schulkosten vom 1. Januar 1875 an nach dem Art. 20 des Volksschulgesetzes, und zugleich beantragte es zu erkennen, daß Deppenhausen kein Antheil an der Schulstiftung zustehe. Deppenhausen beharrte dagegen auf dem Vertrag vom 19. Sept. 1867, wenn nicht Stetten die Schulstiftung für gemeinschaftlich erkläre. Der Vertrag sei von dem Kirchenrath genehmigt, auf keine Zeitdauer abgeschlossen, weßhalb ein Theil nur mit Zustimmung des andern von demselben zurücktreten dürfe.

Unterm 12. Sept. 1877 erkannte das Oberamt Ehingen auf Abweisung der Klage, da der Vertrag so lange giltig sei bis ein neues Uebereinkommen geschlossen werde.

Dagegen erkannte die Kreisregierung in Ulm unterm 4. Juni 1878 auf erhobene Beschwerde Deppenhausen für verpflichtet, an den Kosten der Schule in Stetten vom 1. Januar 1875 an nach der Familienzahl beizutragen.

Der Vertrag, sagte die Kreisregierung, vom 19. Sept. 1867 bedarf nach §. 66 Ziff. 5 die Genehmigung der Kreisregierung, diese kann aber nicht ertheilt werden, da bei dem stets steigenden Aufwand für die Schule die Gemeinde Stetten durch die Festsetzung einer unveränderlichen Aversalentschädigung bleibend belastet würde. Da der Vertrag Mangels der Genehmigung nicht rechtsgiltig ist, so kommt die gesetzliche Vorschrift zur Anwendung.

Auf eingelegte Berufung bestätigte der Verwaltungsgerichtshof unterm 25. Sept. 1878 das Erkenntniß der Kreisregierung dahin:

> die Theilgemeinde Deppenhausen ist vorbehältlich einer etwaigen Abänderung der Verfügung der Kreisregierung im Verwaltungswege verpflichtet, an den Kosten der gemeinschaftlichen Volksschule in Stetten vom 1. Juli 1875 an nach der Anzahl ihrer im Schulverband stehenden Familien Theil zu nehmen

aus folgenden Gründen.

I. Die Berufungsklägerin glaubt der durch Art. 20 des Volksschulgesetzes vom 29. Sept. 1836 normirten Verpflichtung ihrer Betheiligung an den Kosten der gemeinschaftlichen Volksschule in Stetten gegenüber sich auf einen mit der Theilgemeinde Stetten vor ihrem Eintritt in den Schulverband am 19. Sept. 1867 abgeschlossenen Vertrag berufen zu können. Durch denselben wurde die Verbindlichkeit der Gemeinde Deppenhausen an den Kosten der Schule beizutragen, theils auf aliquote Theile des Aufwands theils auf fixe Beträge festgesetzt. Die Regierung des Donaukreises hat dem Vertrag die rechtliche Giltigkeit deßhalb abgesprochen, weil der Vertrag nach §. 66 Ziffer 5 ihrer Genehmigung bedürfe, und sie diese Genehmigung wegen der dadurch entstehenden

Belastung der Gemeinde Stetten nicht zu ertheilen vermöge.[7]

II. Dieser Bescheid der Regierung des Donaukreises enthält, soweit der Vertrag zu seiner rechtlichen Giltigkeit ihrer Genehmigung vindicirt und diese Genehmigung versagt wird, eine Verfügung der Verwaltungsbehörde, soweit aber dem Vertrag, wie er ist, die rechtliche Wirksamkeit abgesprochen wird, ein verwaltungsrichterliches Erkenntniß. Nur auf die letztere Seite des Bescheids hat sich die diesseitige Entscheidung in der Berufungsinstanz zu erstrecken. Sollte die Theilgemeinde Deppenhausen den Bescheid der Regierung des Donaukreises deßhalb anfechten wollen, weil derselbe nach den bestehenden gesetzlichen Vorschriften der Genehmigung der Kreisregierung nicht bedürfe, so wäre eine hiergegen etwa alsdann auf den Art. 13 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege zu stützende Rechtsbeschwerde und nicht eine Berufungsklage im Sinn des Art. 43 des gedachten Gesetzes nach Art. 59 Abs. 1 dieses Gesetzes erst zulässig, nachdem das Ministerium des Innern über diese Beschwerde gegen den Bescheid der Kreisregierung befunden haben wird, während sich die Voraussetzungen des Art. 13 des angeführten Gesetzes für eine Rechtsbeschwerde wegen versagter Genehmigung schwerlich werden nachweisen lassen. Bei dieser Lage der Sache war aber in dem diesseitigen Erkenntnisse der entsprechende Vorbehalt zu machen.

III. Wer für seine Handlungen an die Genehmigung eines Andern gebunden ist, ist nur dann und insoweit zur Erfüllung einer übernommenen Verbindlichkeit verpflichtet, als er diese Genehmigung erhalten hat. Daraus ergibt sich von selbst, daß, da die Kreisregierung dem Vertrag zwischen den Theilgemeinden Deppenhausen und

---

[7] Konnte von einer Genehmigung des Vertrags überhaupt noch die Rede sein, nachdem die Gemeinde Stetten ihren Rücktritt von demselben schon vorher unzweideutig erklärt hatte? Diese Frage wäre wohl vorher aufzuwerfen gewesen.

Stetten vom 19. Sept. 1867 die Genehmigung versagt hat, dieser Vertrag für die Gemeinde Stetten in so lange unverbindlich ist, als es nicht der Gemeinde Deppenhausen gelungen ist, im Verwaltungsweg dessen Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde zu erwirken. Demgemäß kann die Gemeinde Deppenhausen dem in Art. 20 des Volksschulgesetzes begründeten Recht der Gemeinde Stetten gegenüber, die Austheilung der Kosten für die gemeinschaftliche Schule in Stetten, nach der Anzahl der im Schulverband stehenden Familien in Anspruch zu nehmen, sich auf den Vertrag vom 19. Sept. 1867 deßhalb nicht berufen, weil durch diesen Vertrag Mangels seiner Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde ein anderer Rechtstitel für diese Austheilung nicht begründet worden ist. Es mußte demgemäß die Berufungsklägerin für verpflichtet erkannt werden, an der Aufbringung dieser Kosten nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschrift Theil zu nehmen.

d. Art. 10 Ziff. 20, 21.

1) Engelhard von Sixenhof gegen Theilgemeinde Bergbronn, O.A. Crailsheim.

Anerkennung, Herstellung und Unterhaltung eines Wegs als öffentlicher Verbindungsweg.

In der Rekurssache des Bauern Joseph Engelhard von Sixenhof, Gemeinde Waldthann, O.A. Crailsheim, Rekurrenten, gegen die Theilgemeinde Bergbronn, desselben Oberamts, Rekursin, Anerkennung, Herstellung und Unterhaltung eines öffentlichen Verbindungswegs betreffend, erkannte der Verwaltungsgerichtshof unterm 5. Juni 1878 unter Bestätigung des Erkenntnisses der Regierung des Jaxtkreises vom 23. Februar 1877, daß der Kläger, Rekurrent mit seiner Klage unter Verurtheilung in sämmtliche Prozeßkosten abzuweisen sei.

Gründe.

I. Durch Kaufvertrag vom 12. bis 14. Juli 1877

hat die Staatsfinanzverwaltung das ganze Sixenhofgut erworben und ist nach Ziff. 3 des Kaufsvertrags das Kaufsobjekt mit Ausbezahlung der ersten Rate des Kaufschillings in den Eigenthumsbesitz der königlichen Staatsfinanzverwaltung übergegangen. Nach Ziff. 12 der Bedingungen hat sich jedoch der Verkäufer Engelhardt die Benützung des Guts und Wohnhauses bis zum 1. Okt. 1878 vorbehalten, und verbleibt nach Ziff. 11 mit Ausnahme von 2 Parzellen der ganze Holzbestand des zum Gut gehörigen Waldes dem Verkäufer, der sich verpflichtete, das Holz bis 1. Sept. 1879 abzuräumen und zu entfernen.

Da hiernach für den Zweck der vertragsmäßig vorbehaltenen Benützung der Verkäufer bis zu den gedachten Zeitpunkten im Besitze des Guts beziehungsweise eines Theils davon verbleibt, so ist derselbe insolange an dem Gegenstand des Streits rechtlich interessirt und folgeweise ungeachtet der eingetretenen Eigenthumsänderung als derzeit zur Sache noch aktiv legitimirt anzusehen, während die Finanzverwaltung als nunmehrige Eigenthümerin des Sixenhofs nicht ohne Weiteres als Rechtsnachfolgerin in der mit dem Gutseigenthum nicht unmittelbar verbundenen Klageforderung ihres Vorgängers betrachtet werden kann.

II. Anbelangend die Sache selbst, so hat der Kläger von der Beklagten als Markungsinhaberin die Anerkennung fahrbarer Unterhaltung und Herstellung des angeblichen Verbindungswegs des Sixenhofs mit der Dinkelsbühler Staatsstraße über die Käshacke in der Richtung G. F. C. E. D. oder G. F. C. A. H. A. der Flurkarte, welche letztere übrigens die Klage nur eventuell im Auge hat, als eines öffentlichen Verbindungswegs beansprucht.

Die Voraussetzung der Klage, daß es sich um einen öffentlichen Verbindungsweg handle, trifft jedoch nicht zu, und ermangelt der hierauf sich stützende Anspruch des Klägers der rechtlichen Begründung, wie sich aus Folgendem ergibt:

1) Nach den Akten gehen dem fraglichen Weg in der

einen, wie in der andern Richtung die Merkmale eines öffentlichen Verbindungswegs ab, sofern er nicht versteint, und im Primärkataster nicht unter den öffentlichen Wegen beschrieben, vielmehr den einzelnen anliegenden Grundstücken zugemessen ist, und in der gegenwärtig allein noch benützten Richtung C. E. D. nach der Aeußerung des Oberamtswegmeisters Häffner wenig Spuren der Unterhaltung zeigt, nirgends bekiest und nur an einigen kleinen Strecken mit Abzugsgräben versehen ist, während die ursprüngliche Wegrichtung B. H. A. schon seit 20 Jahren in Folge von Kulturveränderungen außer Gebrauch gekommen ist. Der von klägerischer Seite besonders betonte Umstand, daß der Weg in seiner ursprünglichen Richtung vollständig in die Karte eingezeichnet sei, spricht an und für sich noch nicht für die Eigenschaft eines öffentlichen Verbindungswegs und dies um so weniger, als der Weg da, wo er die Markung Oßhalden berührt, ausdrücklich als Holzabfuhrweg bezeichnet ist.

2) Die Eigenschaft eines Holzabfuhr- und Güterwegs ist denn auch dem älteren Weg schon bei den früheren Verhandlungen von 1851—54 mit alleiniger Ausnahme des Sixenhofbesitzers von sämmtlichen Betheiligten, insbesondere der Forstverwaltung beigelegt worden, wobei die Güterbesitzer in der Käshacke der Forstverwaltung gegenüber sogar die Beschränkung des Benützungsrechts innerhalb der Käshacke auf die Besitzer der anstoßenden Güter geltend zu machen suchten. Nur der Sixenhofbesitzer Rettenmaier beanspruchte damals die fahrbare Herstellung und Benützung jenes Wegs als eines öffentlichen Verbindungswegs zwischen dem Sixenhof und der Dinkelsbühler Staatsstraße, er wurde jedoch auf die Einsprache der Gemeinderechtsbesitzer von Bergbronn von dem Oberamt mit diesem Anspruch ab- und auf die Benützung des Verbindungswegs nach Bergbronn über das sog. Tränkle hingewiesen.

3) Ebenso ergibt sich aus den Aussagen der in der

oberamtlichen Instanz vernommenen Zeugen, daß der fragliche Weg in seiner ursprünglichen Richtung hauptsächlich als Holzabfuhr- und Güterweg, daneben aber auch zum Transport von Schnittwaaren aus der Sixenmühle benützt worden ist. Dies bezeugten insbesondere der 87 Jahre alte Joh. Rathgeb von der Sixenmühle, und dessen Sohn, der 61 Jahre alte Sägmüller Joh. Rathgeb mit dem Anfügen, daß der Weg über die Käshacke nie mit Mehl befahren, sondern hierzu der Weg über das Tränkle benützt worden sei. Der Zeuge Joh. Burger von Gerbartshofen, 81 Jahre alt, bemerkt außerdem: sowohl der Sixenhofer Todtenweg über das Tränkle, als der über die Käshacke sei nie unterhalten worden, in keinem guten Zustand und kein richtiger Vicinalweg gewesen. Daß die gelegentliche Benützung des Wegs über die Käshacke zum Transport von Schnittwaaren in die benachbarten Orte an der rechtlichen Eigenschaft desselben als eines Holzabfuhr- und Güterwegs nichts zu ändern vermochte, unterliegt nach den Zeugenaussagen, welche auf eine zumal unvordenkliche Rechtsausübung und Duldung, zumal im gegentheiligen Sinn, entfernt keinen Schluß zulassen, keinem gegründeten Zweifel.

4) Die Thatsache, daß vor beiläufig 20 Jahren die ursprüngliche Wegstrecke C. B. H. A. in Folge von Kulturveränderungen aufgegeben, und seitdem die neue Wegrichtung C. E. D. benützt worden ist, spricht gleichfalls entschieden dafür, daß der fragliche Weg von jeher den Charakter eines Güterwegs hatte, da eine solche Verlegung der Wegerichtung eines öffentlichen Verbindungswegs wohl der rechtlichen Einsprache von irgend einer Seite begegnet wäre, wovon in den Akten nichts zu finden ist. Es kann daher auch dem in der Rekursschrift vom 23. März v. J. vom Kläger angeführten Umstande, daß die Gemeinde Bergbronn auf jenem älteren Wege schon vor längerer Zeit eine Brücke gebaut und seither unterhalten habe (was aber Beklagte in Abrede stellt) eine rechtliche Bedeutung nicht beigelegt werden.

5) Hatte hiernach der Weg in seiner ursprünglichen Richtung die Eigenschaft eines gelegentlich zu andern Verkehrszwecken benützten bloßen Holzabfuhr- und Güterwegs, so ergibt sich hieraus, wie aus der Entstehung der neuen Wegrichtung C. E. D., daß auch dieser neue Weg einen andern rechtlichen Charakter, denjenigen eines öffentlichen Verbindungswegs, nicht hat, und nicht erhalten konnte, da in Ermangelung eines sonstigen Titels die für die Begründung eines öffentlichen Rechts erforderliche unvordenkliche Verjährung, welche nach Obigem bei der älteren Wegrichtung in der fraglichen Beziehung nicht anzunehmen war, bei einem erst seit 20 Jahren bestehenden Weg der Natur der Sache nach ausgeschlossen ist. Ueberdies zeigt schon die Karte, wo die Strecke C. E. gar nicht eingezeichnet ist, und wonach die weitere Strecke E. D. mit den Feldwegen Nr. 6 und 4 zusammenfällt, daß es sich hier gleichfalls um einen reinen Güterweg handelt, wie denn der Kläger selbst in seinem ursprünglichen Klagevorbringen den von ihm beanspruchten Weg ausdrücklich als Güterfuhrweg bezeichnet hat. Für diese Eigenschaft spricht auch der Umstand, daß die Strecke F. C. E. bisher von der Forstverwaltung unterhalten wurde. Daß die weitere Strecke E. D. inzwischen von der Beklagten oder ihrer Rechtsvorgängerin der Genossenschaft der Realgemeinderechtsbesitzer unterhalten worden wäre, ist weder erwiesen noch von dem Kläger behauptet.

6) Der in der Rekursbeschwerde geltend gemachte Umstand endlich, daß der Ortsstock von Sixenhof an dem über die Käshacke führenden Weg stehe, und von jeher dort gestanden sei, ist an und für sich für die Beurtheilung der rechtlichen Eigenschaft des Wegs von keiner Bedeutung.

7) Entbehrte hiernach der streitige Weg in beiden Richtungen der Eigenschaft eines öffentlichen Verbindungswegs, so konnte auch Beklagte nicht für verpflichtet erkannt werden, ihn als solchen herzustellen und zu unterhalten,

während sich die Entscheidung in dem Kostenpunkt aus der vollständigen Abweisung der Klage in allen Instanzen ergab.

2) Erkenntniß vom 3. Juli 1878.

Leonhard Krieg von Unterböbingen, O.A. Gmünd, Beklagter, Berufungskläger gegen Xaver Knödler von da, Kläger, Berufungsbeklagten. Duldung eines öffentlichen Triebwegs betreffend.

In dieser Sache erkannte der Verwaltungsgerichtshof unter Bestätigung des Urtheils der Regierung des Jaxtkreises vom 18. März 1878 den Beklagten unter Verurtheilung in die Kosten des Streits für verpflichtet, das Recht des Klägers seine Pferde und sein Vieh über den Hofraum des Beklagten zu und von der Rems zu treiben, anzuerkennen und sich jeder Störung dieses Rechts bei Strafvermeidung zu enthalten.

Gründe.

I. Der Kläger beansprucht das Uebertriebsrecht über den Hofraum des Beklagten als ein öffentliches Dienstbarkeitsrecht, weil sämmtliche Bürger und Einwohner des sog. unteren Dorfs in Unterböbingen so auch der Kläger und seine Besitzvorgänger solches seit unvordenklicher Zeit ausgeübt haben. Von dem Beklagten dagegen, welcher die Existenz des Rechts des Klägers überhaupt verneint, wird die Möglichkeit eines öffentlichen Rechts in dem konkreten Fall in Abrede gestellt, weil Jedermann nach der Lage der Sache gar nicht in die Lage kommen könne, ein solches Recht auszuüben, daher auch nicht von einer Ausübung zu allgemeinem Gebrauch, sondern nur zu bestimmten einzelnen Zwecken gesprochen werden und es sich also höchstens um ein Privatrecht mehrerer Häuser- oder Viehbesitzer handeln könne. Nach der Klagebegründung wird jedoch das fragliche Recht weder an den Besitz bestimmter Grundstücke geknüpft, noch auf einzelne bestimmte Viehbesitzer beschränkt, vielmehr offenbar als ein Ausfluß der

Gemeindegenossenschaftsverhältnisse, wenn auch bezüglich seiner Ausübung für den engeren Kreis der Pferde- und Viehbesitzer der Bürger und Einwohner des sog. unteren Dorfs geltend gemacht. In Wirklichkeit handelt es sich somit von einem Wegedienstbarkeitsrecht, welches nicht dem Privatinteresse einzelner Personen, sondern dem öffentlichen Verkehr für einen bestimmten Zweck dient, und von der Ortsgemeinde als dem berechtigten Subjekt abgeleitet ist. Die unvordenkliche Ausübung, worauf die Existenz des beanspruchten Rechts gegründet wird, beschränkt sich zwar nach der Klagebegründung auf die Bewohner des sog. unteren Dorfs, also auf einen räumlich begrenzten Theil der Gemeinde, allein der Natur der Sache nach konnte mittelst fortgesetzter Besitzhandlungen der Bewohner des unteren Dorfes das ausgeübte Recht nicht für diesen persönlich und räumlich unbestimmten Theil der Gemeindegenossenschaft, sondern nur für die Gemeindekorporation im Ganzen erworben werden.[8]

Das von dem Kläger beanspruchte Uebertriebsrecht hat daher nach seinem materiellen Gehalt und den berechtigten Subjekten die Natur einer öffentlichen Wegedienstbarkeit und fällt demgemäß der Streitgegenstand unter die Bestimmung des Art. 10 Ziff. 21 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dez. 1876, welche nach ihrem unzweifelhaften Sinn (vgl. die Motive und den Kommissionsbericht der Kammer der Abg.) auch auf öffentliche Wegedienstbarkeiten Anwendung findet. Hiernach unterliegt die Zuständigkeit der Verwaltungsjustizbehörden in dieser Streitsache keinem Anstand.

II. Anbelangend die Legitimation des Klägers zur gerichtlichen Verfolgung des fraglichen Rechts, so ist zwar nach Obigem letzteres als ein Ausfluß des Gemeindegenossenschaftsverhältnisses geltend gemacht, und somit von der Ortsgemeinde als dem an sich (substantiell) berechtigten

[8] Vgl. auch Gerber deutsches Privatrecht §. 62, N. 1.

Subjekt abgeleitet. Da jedoch nach der thatsächlichen Klagebegründung jeder Pferde und Vieh besitzende Bürger und Einwohner des sog. unteren Dorfs als solcher zur Ausübung (Nutzung) des Rechts befugt erscheint, und ein rechtliches Interesse an dem ungestörten Fortbestand desselben hat, und da nach konstanter Praxis der Verwaltungsjustizbehörden, welche auch in dem Wortlaut der oben angeführten Gesetzesbestimmung Bestätigung gefunden hat, im Fall einer Besitzstörung der Einzelne, dessen Interesse hierdurch verletzt wird, zur gerichtlichen Verfolgung des Rechts für legitimirt zu erachten ist, so unterliegt die Sachlegitimation des Klägers in dieser Streitsache keinem Zweifel.

III. In materieller Beziehung kommt Folgendes in Betracht:

1) Das Vorbringen des Klägers, daß seit unvordenklicher Zeit die Bewohner des unteren Dorfs ihre Pferde und Vieh über den Hofraum des Beklagten zu und von der Rems getrieben, und daß sie diesen Uebertrieb *als* ein Recht ohne irgend welche Einsprache zu erfahren, ausgeübt haben, ist nach der Aktenlage als erwiesen anzusehen. Der Beweis hiefür ist durch die beweiskräftigen Aussagen der Zeugen, welche von dem Oberamtsgericht[9] Gmünd am 21. Dez. 1876 in dem früheren civilgerichtlichen Streit zwischen denselben Parteien und über denselben Gegenstand vernommen worden sind, und in der gegenwärtigen verwaltungsgerichtlichen Streitsache, wo die gleiche Frage den Beweissatz bildet, als giltige Beweismittel gleichwohl verwerthet werden können, in einer Weise erbracht, welche über die thatsächliche Klagebegründung noch hinausreicht, soferne nach Angabe verschiedener Zeugen (Ziff. 5, 6, 8, 9, 11, 12, verglichen mit Ziff. 1 des Vernehmungsprotokolls)

---

[9] Das Oberamtsgericht hatte materiell für den Kläger erkannt, sein Erkenntniß war aber durch Erkenntniß der Civilkammer des Kreisgerichtshofs wegen Unzuständigkeit der Civilgerichte aufgehoben worden.

nicht bloß Bewohner des unteren Dorfs, sondern „Jedermann, wer Lust hatte" „wer wollte" nach der Aussage eines Zeugen (Ziff. 2) insbesondere auch „Bewohner des mittleren Dorfs" den Hofraum des Beklagten von jeher zum Wandel und Uebertrieb anstandslos benützen, und man diese Benützung als ein Jedermann zustehendes Recht ansah.

Die Existenz des vom Kläger beanspruchten Rechts als eines auf der Grundlage unvordenklicher Ausübung entstandenen öffentlichen Dienstbarkeitsrechts ist damit genügend dargethan.

2) Nach den Aussagen der Zeugen hat sich zwar seit dem Eisenbahnbau die Aenderung ergeben, daß der Zugang zu dem Remsfluß an der fraglichen Stelle, welcher früher von beiden Ufern aus stattfand, nur noch vom linken Ufer möglich ist, und daß seitdem der Uebertrieb, übrigens in vermindertem Maße, ausschließlich über den Hofraum des Beklagten und das anstoßende Gemeindegrundstück geschah. Diese Aenderung bezüglich der Ausübung des Rechts hatte jedoch erwiesener Maßen nur die für den Fortbestand des letzteren bedeutungslose Folge, daß die Bewohner des durch den Eisenbahndamm vom Remsfluß getrennten Theils des Dorfs von dieser Seite aus vom Uebertrieb an der fraglichen Seite fortan ausgeschlossen waren. Ob, wie von der beklagten Partei behauptet, vom Kläger widersprochen wird, der Uebertrieb vor jener Aenderung stets in der Weise stattfand, daß vom linken Ufer ein-, vom rechten ausgetrieben wurde, und umgekehrt kann dahingestellt bleiben, da, wenn es sich auch so verhielte, dieser Thatsache eine rechtliche Bedeutung nicht beizulegen wäre, sofern es für den Bestand eines öffentlichen von den Gemeindegenossen als solchen ausgeübten Wegedienstbarkeitsrechts unerheblich ist, wenn der Wandel und Uebertrieb über das Grundstück des Beklagten früher von einem Theil der Einwohnerschaft in der einen, von dem andern in der entgegengesetzten Richtung,

später aber von einem und demselben Theil der Bewohner ausschließlich in beiderlei Richtungen geschah.

3) Was endlich die Behauptung des Beklagten betrifft, daß in Folge des bei Gelegenheit des Eisenbahnbaus an dem Haus des Bauern Strobel vorbei zur Rems geführten neuen öffentlichen Wegs das Interesse an dem Bestehen des fraglichen Servitut weggefallen sei, so wird diese Behauptung durch die Aussagen der Zeugen, wornach seit dem Eisenbahnbau ein thatsächlich zwar verminderter, jedoch fortwährender Gebrauch des Uebertriebs stattgefunden hat, widerlegt, und hat dieselbe auch durch die Aeußerung des Gemeinderaths von Unterböbingen vom 17. Mai d. J., nach welcher der neue Weg von der Eisenbahnbauverwaltung nur für die Gebäude Nr. 17 und 18 und für die angrenzenden Güter gebaut worden sein soll, keine Bestätigung erhalten. Ueberdies würden, wenn je die Frage von dem öffentlichen Interesse an dem Fortbestehen des Wegs zweifelhaft sein sollte, nach Art. 10 Ziff. 21 des Gesetzes vom 16. Dez. 1876 nicht die Verwaltungsgerichte, sondern die Verwaltungsbehörden, in I. Instanz der Gemeinderath in Unterböbingen als Ortspolizeibehörde zur Entscheidung über die Entbehrlichkeit und Abschaffung des Triebwegs berufen sein.

4) Die Verfällung des Beklagten in die Kosten und Sporteln ergibt sich nach Art. 134 und 138 der württ. Civil-P.-Ordn. aus seinem Unterliegen in der Hauptsache.

3) Erkenntniß vom 2. August 1878.

Bäcker Leonhard Karl von Bopfingen, O.A. Neresheim, Beklagter, Berufungskläger gegen Metzger Christian Schneider von da, Kläger, Berufungsbeklagten, betreffend Inanspruchnahme und Benützung eines öffentlichen Wegs.

Es wurde unter Bestätigung des Erkenntnisses der Regierung des Jaxtkreises vom 2. April 1878 der Berufungskläger für verpflichtet erkannt, das Recht des Be-

rufungsbeklagten, den in den Hauptweg von Bopfingen Nr. 1 zwischen den Häusern Nr. 217/2 und 218/9 einmündenden Ortsweg Nr. 16 (des Primärkatasters) als öffentlichen Weg zu benützen, anzuerkennen und sich jeder Störung des Klägers, Berufungsbeklagten, in der Benützung dieses Wegs bei Strafvermeidung zu enthalten, auch Kosten und Sporteln des Streits zu tragen.

Gründe.

I. Der Kläger spricht die Benützung des unter Nr. 16 in dem Primärkataster von Bopfingen eingetragenen Wegs als öffentlichen an. Der Beklagte bestreitet die öffentliche Eigenschaft des Wegs. Er behauptet in erster Linie, daß dessen Fläche sein Privateigenthum sei, eventuell, daß ihm jedenfalls die Befugniß zustehe, Andere als die an den Weg mit ihren Häußern anstoßenden Besitzer derselben von dem Gebrauch dieses Wegs auszuschließen.

II. Ein Privateigenthum an der den Weg bildenden Fläche, die in dem Primärkataster für die Strecke von dem Hauptweg bis zu dem Haus Nr. 124 zu 13,9 Ruthen angegeben ist, hat der Beklagte, Berufungskläger darzulegen nicht vermocht. Nach dem auf Berechnung der unüberbauten Flächen, die durch die Versteinung an dem dem Berufungskläger zustehenden Baulichkeiten dem Berufungskläger zugewiesen sind, beruhenden Gutachten des von dem Berufungskläger gemeinschaftlich mit dem Berufungsbeklagten aufgestellten Sachverständigen, Oberamtsgeometer Vetter in Aalen, entspricht der unüberbaute Raum, der dem Berufungskläger nach dem Güterbuch von Bopfingen eigenthümlich zusteht, vollständig den unüberbauten Flächen, die an dem Berufungskläger zugehörigen Gebäuden — mit Ausschluß des streitigen Wegs — diesen Baulichkeiten zugemarkt sind, weßhalb durch das Güterbuch kein weiteres dem Berufungskläger hier gehöriges Grundeigenthum nachzuweisen ist. Der Berufungskläger hat die Richtigkeit dieses Gutachtens, das durch den Situationsplan und den Meßgehalt der Fläche des streitigen Weges nur bestätigt

wird, nicht beanstandet, weßhalb das von dem Berufungskläger behauptete Privateigenthum an der Fläche des streitigen Wegs in keiner Weise bewiesen ist.

III. Dagegen enthält das Primärkataster von Bopfingen S. 626 ff. unter der Rubrik „Straßen und Wege betreffend" „A. Wege in der Stadt" den Eintrag

16. die Spitalgasse.

13,9 Ruthen von der Hauptstraße zwischen Nr. 217 und 219 bis zu Haus Nr. 224 (124)

13,8 Ruthen zwischen Haus Nr. 192. 123. 122.

Dasselbe, das durch die Erklärung der bürgerlichen Kollegien von Bopfingen vom 10. Sept. 1836 als ein öffentlich glaubwürdiges Dokument anerkannt ist, führt somit den streitigen Weg unter den öffentlichen zu Jedermanns Gebrauch stehenden Wegen auf. Nach der Landesvermessungskarte ist ferner die Fläche dieses Wegs von dem übrigen Privateigenthum weg und für sich vermarkt, und es haben sich bei der von dem Oberamtsgeometer Vetter vorgenommenen Untersuchung noch einzelne dieser Steine vorgefunden.

Der Berufungskläger hat nun die Richtigkeit dieses Eintrags deßhalb angefochten, weil dem streitigen Weg der Namen „Spitalgasse" nicht zukomme. Allein wenn sich auch nachweisen ließe, daß diese Bezeichnung eine irrige wäre, so könnte dies bei der sonstigen genauen Bezeichnung des Wegs und der besonderen Vermarkung desselben dem gelieferten Beweis seiner Eigenschaft als eines öffentlichen keinen Eintrag thun, da die Führung eines besonderen Namens keineswegs zu den nothwendigen Eigenschaften eines öffentlichen Wegs gehört.

Auch auf die Erklärung des Gemeinderaths in Bopfingen, „daß der Weg seines Wissens als Ortsweg nicht benützt worden sei" und „daß er von der Gemeindebehörde und Einwohnerschaft nie als öffentlicher Weg angesehen und von der Stadt nie als Weg unterhalten wurde" kann dem bestimmt lautenden Inhalt des Primärkatasters

gegenüber kein Gewicht in der Richtung gelegt werden, daß hierdurch dem durch die fragliche Urkunde und die Vermarkung gelieferten Beweis des Gegentheils Eintrag geschehen würde, und ganz das Gleiche gilt von den Aussagen der Zeugen, soweit sie dahin gehen, daß sie die fragliche Fläche nicht für einen öffentlichen Weg, sondern für einen im Privateigenthum stehenden besonderen Hofraum angesehen haben. Als was etwa die Einwohner und selbst der Gemeinderath von Bopfingen die fragliche Fläche angesehen haben, kommt nicht in Betracht, so lange eine öffentliche Urkunde, das Gutachten Sachverständiger und die Versteinung der Fläche zum Beweis dafür vorliegen, daß diese Ansicht nicht die richtige ist, und so lange dem einzigen an den Weg stoßenden Gebäudebesitzer, der glaubt, Anspruch auf das Eigenthum dieser Fläche erheben zu können, während die übrigen Gebäudebesitzer keinen solchen Anspruch geltend machen, nachgewiesen werden kann, daß er den ihm nach dem Güterbuch gebührenden Flächengehalt in der durch die Vermarkung ihm zugewiesenen Fläche vollständig besitzt, ohne daß man in die Lage käme, wegen eines hiedurch nicht gedeckten Abmangels auf die Fläche des bestrittenen Wegs rekurriren zu müssen. Das aber, daß die Stadt nie etwas auf die Unterhaltung des Wegs verwendet hat, und daß er nicht häufig benützt worden sein soll, hebt die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs ebensowenig auf, als der Umstand, daß der Weg in eine Sackgasse endigt und am Ende derselben eine Verzäunung theilweise durch Dornbüsche angebracht ist und die Gebäude zum Theil mit der hinteren Seite an den Weg stoßen, während in der Beschaffenheit des Wegs, seiner Breite, Nichtkandelung und dergl. nichts liegt, was der Annahme eines öffentlichen Wegs entgegenstehen würde.

IV. Was aber das besondere Recht betrifft, das der Berufungskläger glaubt an den fraglichen Weg geltend machen zu können, so könnte dasselbe bei der nachgewiesenen Eigenschaft des Wegs als eines öffentlichen nur in

dem Recht bestehen, Andere mit Ausnahme der übrigen Hausbesitzer, die an den Weg stoßen, von dem Gebrauch desselben auszuschließen. Wenn er sich hierfür auf den Abschluß durch das am Eingang des Wegs befindliche Thor beruft, so ist allerdings die Möglichkeit gegeben, daß ein solcher Abschluß den Zweck haben kann, eine Beschränkung der Benützung eines Wegs herbeizuführen, allein aus einer solchen Möglichkeit folgt noch nicht, daß dieser Abschluß diesen Zweck wirklich gehabt hat, zumal derselbe in einer Weise erfolgte, welche seine Beseitigung ohne besondere Hilfsmittel Jedem ermöglichte. Und wenn der Berufungskläger selbst zugibt, daß jeder an dem Weg befindliche Hausbesitzer durch diesen Abschluß an der Benützung des Wegs nicht gehindert werden sollte, so ließe sich — die Berechtigung zu einer Ausschließung Anderer von dem Gebrauch des Wegs überhaupt als gegeben vorausgesetzt — nicht einsehen, warum diese Ausschließung auf Solche hätte ausgedehnt werden können, welche wie der Kläger, Berufungsbeklagte, Grundeigenthum an diesem Weg besitzen. Wie dem aber sein möge, so ist dem Berufungskläger nicht gelungen, Momente geltend zu machen, aus denen mit Nothwendigkeit folgen würde, daß das fragliche Thor wirklich die von der zuständigen Behörde verfügte oder zugelassene Bestimmung hatte, Andere als die Hausbesitzer von dem Gebrauch auszuschließen. Dieser Nachweis müßte aber verlangt werden, da nach dem zu III. Ausgeführten der Weg ein öffentlicher, somit zu Jedermanns Gebrauch stehender ist. Daraus aber, daß es dem Berufungskläger oder seinen Besitzvorfahrern in einzelnen Fällen nach den Zeugenaussagen gelungen ist, Andere von dem Gebrauch des Wegs ganz auszuschließen, oder sie zu nöthigen, für die Benützung des Wegs Erlaubniß einzuholen, folgt um so weniger etwas für das von ihm behauptete Recht, als diesen Aussagen die Angaben anderer Zeugen gegenüberstehen, daß die Befahrung und die Begehung des Wegs ohne vorherige Erlaubniß

und ohne Beanstandung erfolgte, und unter diesen Umständen die in einzelnen Fällen gelungene Durchführung dieser Ausschließung, wenn überhaupt so jedenfalls nur gegen Diejenigen eine rechtliche Wirkung hätte äußern können, gegen welche sie mit Erfolg durchgeführt worden ist.

V. Kann demgemäß der von dem Kläger, Berufungsbeklagten geführte Beweis, daß der streitige Weg ein zu Jedermanns Gebrauch stehender öffentlicher Weg ist, durch das Vorbringen des Berufungsklägers nicht als erschüttert angesehen werden, so ergab sich hieraus die Verurtheilung des Berufungsklägers in der Hauptsache, wie im Kostenpunkt von selbst.

4) Erkenntniß vom 23. Sept. 1878.

Theilgemeinde S., Gemeinde H., O.A. S., Beklagte, Rekursin, gegen die Theilgemeinde B., Gemeinde H. i. O.A. S., Kl., Recurentin.

In der Rekurssache der Theilgemeinde S., Gemeindebezirks H., O.A. S., gegen die Theilgemeinde B. desselben Gemeindebezirks und Oberamts Wegeunterhaltung betreffend, wurde unter Bestätigung des Erkenntnisses der Kreisregierung vom 27. März 1877 die Beklagte, Recurrentin für verbunden erkannt die auf ihrer Markung liegende Wegstrecke der Vicinalstraße von S. nach B. in der Länge von 1280 Fuß zu unterhalten und der Theilgemeinde B. die seit der Verhandlung vom 29. August 1868 aufgewendeten Wegeunterhaltungskosten nebst 5% Zinsen daraus zu ersetzen.

Gründe.

Die den Gegenstand des Streits bildende Wegstrecke liegt nach dem Anerkenntniß der Parteien seit der Landesvermessung unzweifelhaft auf der Markung der Theilgemeinde S. und wäre somit nach den über die Unterhaltung solcher öffentlicher Wege geltenden allgemeinen Grundsätzen (Wegordnung vom 23. Okt. 1808 §. 1, Ministerialverfügung vom 19. Juni 1828 §. 1) zunächst die Theilgemeinde S. als Markungsinhaberin verpflichtet, jene Wegstrecke zu unterhalten. Dieselbe behauptet aber, daß

gleichwohl die Theilgemeinde B. bisher jene Wegstrecke unterhalten, und daß ihr vermöge eines hiedurch rechtsgiltig entstandenen Herkommens diese Verbindlichkeit auch ferner obliege. Es ist auch von den Vertretern der Parzelle B. nicht widersprochen, daß sie diese Wegstrecke bis zum Jahr 1868 in Folge eines Versehens des Ortsvorstehers M. aus Irrthum unterhalten hat, die Unterhaltung habe aber nicht so lange stattgefunden, daß sich hiedurch ein Herkommen hätte bilden können, und nach den vorliegenden thatsächlichen Verhältnissen kann der Beweis eines solchen Herkommens, welches, da es sich um ein öffentlich rechtliches Verhältniß handelt, die unvordenkliche Zeit umfassen müßte, nicht als geführt betrachtet werden.

Jene Wegstrecke war bis zum 1. Juli 1852 Staatsstraße und wurde sonach vor jenem Zeitpunkt in der Hauptsache vom Staat unterhalten. Von jener Zeit an erst sollte die Straße in die Unterhaltung der Markungsgemeinde übergehen. Wenn nun statt letzterer gleichwohl die Theilgemeinde B. die früheren Leistungen der Straßenbauverwaltung bis zu dem im Jahr 1868 entstandenen Streit fortbesorgte, so geschah dies offenbar nicht innerhalb eines Zeitraums, wie er für ein unvordenkliches Herkommen erforderlich ist.

Zwar hat die Theilgemeinde B. auch vor dem Jahr 1852 an jener Straßenstrecke einige derjenigen Leistungen besorgt, welche nach §. 4 der Wegordnung von 1808 den Markungsgemeinden an den Staatsstraßen obliegen, namentlich das Reinigen der Straßengräben, den Baumsatz und das Anschaffen von Straßenpfählen und Stotzen. Es geschah dies jedoch unter Umständen, welche die Annahme eines in Beziehung auf die Nebenleistungen zu Gunsten der Theilgemeinde S. entstandenen Herkommens gleichfalls ausschließen. Die neueren Erhebungen haben nämlich ergeben, daß bis zu der im Jahr 1826 begonnenen Landesvermessung, wie dies überhaupt vor letzterer in Oberschwaben häufig stattfand, das Markungsverhältniß

zwischen jenen beiden Theilgemeinden hinsichtlich jener Straßenstrecke noch gar nicht geregelt war und erst damals neu bestimmt wurde. Durch eine später als unrichtig erkannte Behandlung der Vermessungsbehörde waren in dem Primärkataster anfänglich von jener Wegstrecke $^3/_8$ Morgen 5 Ruthen der Markung B. zugetheilt worden, was erst am 17. März 1846 berichtigt und abgeändert wurde. Die vor dieser Zeit von B. besorgten Nebenleistungen an der damaligen Straßenstrecke erfolgten hiernach theils in der Meinung, daß die letztere wirklich zu ihrer Markung gehöre, theils so lange die Staatsstraße in dem Gemeindebezirk H. nicht den einzelnen Theilgemeinden wirklich zugetheilt war, wohl deßhalb, weil damals die Erfüllung der Nebenleistungen bis dahin eine Obliegenheit der Gesammtgemeinde war, die jedenfalls eine Gesammtmarkung im Sinn der Wegordnung bildete, an deren Lasten sich B. entsprechend zu betheiligen hatte. Dies war erst dann nimmer zutreffend, als das Markungsverhältniß der Straße im Jahr 1846 endgiltig geregelt war, von welcher Zeit an ein unvordenkliches Herkommen sich noch nicht gebildet haben konnte. Kompensation der Kosten ist durch abweichende in dieser Sache ergangene Entscheidungen und dadurch begründet, daß der Fall nach Maßgabe des Gesetzes vom 13. Nov. 1855 zu behandeln war.

e. Art. 10 Ziff. 23 Weidestreitigkeiten.

Erkenntniß vom 17. Juli 1878.

Gemeinde Roth, O.A. Mergentheim, Beklagte, Berufungsklägerin gegen Gemeinde Hollenbach, O.A. Künzelsau, Kläger, Berufungsbeklagter, Aufhebung einer Schafweide betreffend. Zuständigkeit der Civil- oder Verwaltungsgerichte.

Vorbemerkung. Ehe auf die Darstellung des vorliegenden Falls näher eingegangen wird, ist aus den ständischen Verhandlungen über das Weidegesetz Folgendes vorauszuschicken:

In dem Entwurf des Gesetzes war als Art. 31 folgende Bestimmung vorgeschlagen:

„Weiderechte, welche die Inhaber verschiedener Markungen gegen einander auszuüben haben, sind, mögen sie öffentlich rechtlicher oder privatrechtlicher Eigenschaft sein, auf Verlangen des einen oder andern Theils aufzuheben.

Derjenige Markungsinhaber, dessen Zutriebsbefugnisse von größerem Umfang und Werthe sind als seine Belastung hat für diese Mehrberechtigung eine nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes zu bemessende auf den reinen Ertrag der Weide sich gründende Entschädigung anzusprechen."

Die Kommission der Kammer der Abgeordneten erklärte sich mit diesem Vorschlag einverstanden, dagegen fügte sie noch bei:

„Um keinen Zweifel bestehen zu lassen, daß auch einseitige Uebertriebsrechte auf einer andern Markung der Ablösung unterliegen, gleichviel ob das Weiderecht einer Gemeinde oder einem einzelnen Weideberechtigten zusteht, beantragt die Kommission noch folgenden Zusatz:

Einseitige Weiderechte auf einer andern Markung als derjenigen, welcher der Berechtigte, sei dieser eine Gemeinde, Genossenschaft oder ein Einzelner angehört, unterliegen ohne Unterschied auf Verlangen des belasteten Theils der Ablösung."

In der 56. Sitzung vom 30. Januar 1872 (Verhandlungen S. 1281) wurde dieser Antrag nach wenigen hierher nicht erheblichen Bemerkungen angenommen.

Die Kommission der Kammer der Standesherrn (Bericht S. 22) bemerkte zu demselben:

„Da der vorgeschlagene Zusatz nur von der Ablösung auf Antrag des Belasteten spricht, so müßte er von dem diesseitigen Standpunkt aus jedenfalls erweitert werden, er ist aber in der That nicht nöthig, da Art. 39 hierüber schon das Erforderliche enthält, weßhalb die Kommission beantragt, die Zustimmung zu diesem Zusatz abzulehnen."

Die Kammer der Standesherrn trat diesem Antrag in der 42. Sitzung vom 13. Dez. 1872 (Verh. S. 678)

ohne Debatte bei, womit sich die Kammer der Abgeordneten beruhigte, so daß dieser Zusatz in dem Gesetz (Art. 39 des Gesetzes 41 des Entwurfs) keine Stelle gefunden hat.

Von Schwandner bemerkt nun in seinen Erläuterungen zum Weidegesetz zu Art. 40 (Entwurf Art. 41) S. 51.

„Man hat in der Kammer der Abgeordneten den Zusatz deßhalb für zweckmäßig erachtet, weil die Ansicht, daß Weiderechte auf einer fremden Markung unbedingt nur als privatrechtliche zu betrachten sind, bisher nicht unbestritten war, und weil sich die Ansicht geltend machen könnte, daß es auch solche Weiderechte öffentlich rechtlicher Natur gebe. Nachdem nun aber durch die ständischen Verhandlungen auf das Unzweideutigste konstatirt ist, daß die gesetzgebenden Faktoren die letztere Ansicht für eine unrichtige erkennen, und demnach kein gegründeter Zweifel mehr bestehen kann, daß die fraglichen einseitigen Weiderechte auf einer andern Markung als privatrechtliche nach Art. 39 (Art. 37?) der Ablösung unterworfen werden können, hat die Kammer der Abgeordneten an gedachtem Zusatz nicht festhalten zu müssen geglaubt, und demgemäß nach dem Beschluß der ersten Kammer denselben als entbehrlich ebenfalls gestrichen. Der Inhalt jenes Zusatzantrags ist hiernach unbestrittenermaßen geltendes Recht und es ist zu demselben nur noch zu bemerken, daß nach späterer Einräumung des Provocationsrechts an Berechtigte und Belastete die in demselben enthaltene Einschränkung auf das Verlangen des belasteten Theils ebenfalls noch eine Erweiterung auf den berechtigten Theil hätte erfahren müssen."

Daß durch die ständischen Verhandlungen auf das Unzweideutigste konstatirt wäre, daß solche Uebertriebsrechte nur privatrechtliche sein können, wird sich bei genauerer Betrachtung ihres Inhalts nicht als richtig erweisen. Nicht einmal bei der Kammer der Abgeordneten die sich für diesen Zusatz ausgesprochen hat, kann dies als konstatirt angenommen werden. Sie wollte ja gerade, „um jedem

Zweifel zu begegnen" die unbedingte Ablösbarkeit dieser Rechte aussprechen, und in den Worten „ohne Unterschied" die in dem beantragten Zusatz enthalten waren, lag denn doch ein Zweifel darüber, ob solche Rechte unbedingt privatrechtliche und als solche der Ablösung unterworfen sind. Noch weniger aber ist eine solche Konstatirung den Verhandlungen der ersten Kammer zu entnehmen. Wenn ihre Kommission „den Antrag nicht nöthig fand, weil der Art. 39 des Entwurfs (Art. 37 des Gesetzes) hierüber schon das Erforderliche enthalte" und die Zustimmung zu diesem Zusatz ablehnte, so hat denn doch die Kommission nicht damit sich einverstanden erklärt, daß die Ablösbarkeit solcher Rechte „ohne Unterschied" geltendes Recht sei, sondern nur das ausgesprochen, daß solche Rechte, soferne sie unter den Art. 39 des Entwurfs (37 des Gesetzes) fallen, der Ablösung unterliegen. Dies ist daraus zu schließen, daß sie die Zustimmung zu dem von der Kammer der Abgeordneten beantragten Zusatz abgelehnt hat, dessen Annahme denn doch, wenn die Kommission der ihr unterstellten Ansicht gewesen wäre für sie unbedenklich gewesen wäre.

Bei dieser Sachlage wird es denn doch erheblichen Zweifeln unterliegen, ob es begründet ist, wenn die Vollziehungsinstruktion zu dem Weidegesetz vom 5. Juli 1873 §. 12 letzler Absatz den Satz aufnahm:

„Einseitige Weiderechte auf einer andern Markung als derjenigen, welcher der Berechtigte, sei dieser eine Gemeinde, eine Genossenschaft oder ein Einzelner angehört, unterliegen ohne Unterschied der Ablösung."

Wie dem aber sein möge, so kommt die Entscheidung über diese Frage nach ihrer materiellen Seite nicht den Verwaltungsgerichten, sondern den bürgerlichen Gerichten zu.

Die hierher einschlagenden Bestimmungen des Art. 87 des Weidegesetzes besagen:

„Entsteht Streit über das Bestehen und den Umfang eines Feldweide- oder Pferchrechts, so haben hierüber, in-

soweit dasselbe auf den Markungs- oder Gemeindeverband (Art. 13) gestützt wird, die Verwaltungsrechtsstellen, in allen andern Fällen die Gerichte zu entscheiden."

„Alle sonstigen Streitigkeiten, welche sich über die Auslegung und Anwendung des gegenwärtigen Gesetzes ergeben, unterliegen der Entscheidung der Verwaltungsbehörden, in erster Instanz der Kreisregierung, in zweiter Instanz des Geheimenraths."

Diese Normirung der Kompetenz beruht auf den Vorschlägen der Kommission der Kammer der Abgeordneten. Der Regierungsentwurf (Art. 82) hatte für den zweiten Absatz vorgeschlagen, nach den Worten „des gegenwärtigen Gesetzes" noch einzuschalten: „sowie darüber, ob ein unter dieses Gesetz fallendes seinem Bestehen und seinem Umfang nach unbestrittenes Recht öffentlich rechtlicher Natur sei, oder auf besonderem privatrechtlichem Titel beruhe." Wie die Motive ergeben, war es der Vorgang bei den Gefällablösungen und Gründe der Vereinfachung und Beschleunigung, welche die Regierung zu diesem Vorschlag bestimmten. Die Kammer der Abgeordneten war dagegen in der Lage, sich für ihren Vorschlag auf die prinzipielle Richtigkeit ihres Antrags berufen zu können. Daß aber vom praktischen Standpunkt und im Interesse der Betheiligten der Antrag des Entwurfs vielleicht der sachgemäßere gewesen wäre, hat die Erfahrung in zwei Fällen dargelegt,[10]

[10] Anm. der Redaktion. Uebrigens könnte vielleicht mit demselben Rechte geltend gemacht werden, daß, wenn die Kammer der Standesherrn den vorgeschlagenen Abs. 3 zu Art. 40 in Uebereinstimmung mit der Kammer der Abgeordneten angenommen hätte, die Schwierigkeiten, welche sich bei der Entscheidung der mitgetheilten Fälle ergeben haben, nicht eingetreten sein würden. Da ferner die Kammer der Standesherrn ihre Ablehnung des Abs. 3 ausdrücklich darauf gestützt hatte, daß der Art. 39 schon das Erforderliche enthalte, also durch diesen gedeckt sei, so hat die Ansicht doch immerhin viel für sich, daß die Kammer der Standesherrn und die Kammer der Abgeordneten bei ihrem zweiten in der 137. Sitzung vom 24. Jan. 1873 gefaßten Beschluß zu Art. 40, mit welchem sie dem Beschlusse

in welchen zwei Kreisregierungen und bei ihnen mehrere Mitglieder der Kommission der Kammer der Abgeordneten selbst sich für die Zuständigkeit der Verwaltungsrechtsstellen aussprachen, die nach dem Entwurf begründet gewesen wäre, nach dem Gesetze aber, wie er in Folge der Anträge der Kommission der Kammer der Abgeordneten sich gestaltete, für begründet nicht erkannt werden konnte. Der eine dieser Fälle kam noch bei dem Geheimenrath, der andere bei dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung. Die nähere Darstellung beider Fälle dürfte auch sonst von Interesse sein.

I. Die Gemeinden G. und M., O.A. H., haben früher fast Eine Gemeinde gebildet. Beide Orte hatten nach der Oberamtsbeschreibung Markung Waldungen und Bürgerrecht in der Weise gemeinschaftlich, daß die Einwohner ohne besondere Aufnahme von einem Ort in den andern ziehen konnten, auch war die Heiligenpflege gemeinschaftlich.

Da jedoch der Schultheiß von G. bei den Verhandlungen den Stab zu führen hatte, so strebte M. schon früher nach Lösung dieses Verhältnisses, das zu manchen Streitigkeiten führte, und erwirkte durch einen herzoglichen

der Kammer der Standesherrn beitrat, davon ausgegangen ist, daß es keine Uebertriebsrechte öffentlich rechtlicher Natur gebe (vgl. dieses Archiv, B. 15, S. 83), daß also alle rechtlich begründeten Uebertriebsrechte ablösbar seien. Allerdings ändert dieß darin nichts, daß, wenn ein Streit über ein Uebertriebsrecht bei dem Verwaltungsgerichte anhängig wird, dieses nur aussprechen kann, es bestehe ein als öffentliches Weiderecht bei dem Verwaltungsrichter verfolgbares Recht nicht, nicht aber, das bestehende Uebertriebsrecht sei privatrechtlicher Natur, da darüber, ob ein privatrechtliches Uebertriebsrecht besteht, nur der Civilrichter entscheiden kann. Auch über die Ablösbarkeit eines als privatrechtlichen Uebertriebsrechts angemeldeten Weiderechts kann daher die Verwaltungsbehörde in so lange nicht entscheiden, als die Parteien nicht über die privatrechtliche Natur einig sind oder ehe im Streitfalle das Bestehen eines privatrechtlichen Uebertriebsrechts von den Civilrichtern rechtskräftig ausgesprochen ist (cf. arg. Art. 87 Abs. 3 des Weidegesetzes von 1873). Sy.

Befehl vom 14. Febr. 1731 die Erlaubniß, daß „weillen der Ort M. so zu dem Flecken G. bishero gehörig gewesen, nunmehro aber so stark zugenommen habe, daß da er vor diesem kaum in ettlichen und zweinzig Bürgern und Haushaltungen bestanden, nunmehro aber bis auf ettlich und fünffzig wieder angewachsen ein besonderes Gericht formiren und nimmer mit dem Gericht in G. kombinirt sein dürffe."

Durch diesen Bescheid wurde die Harmonie beider Orte nicht gefördert, denn schon unterm 2. Okt. 1743 wurden verschiedene Streitigkeiten durch einen unter Leitung des Oberamts und Oberforstamts abgeschlossenen Vergleich beigelegt.

Nach dem Eingang desselben protestirte G. gegen den obigen Befehl vom 14. Febr. 1731 als gegen die bisherige Observanz laufend und deducirte in einem Memorial von 1734,

„daß M. und G. Einerlei Bürgerschaft ausmachen, und daher ab antiquissimis temporibus Ein Gericht formirt haben. Indessen wolle G. die fürstliche Konzession nicht ändern, sondern bitte nur G. von M. vollständig zu separiren, auch den gemeinschaftlichen Waidegangsbezirk und Waldung resp. zu zwei und ein Drittel vertheilen und vermarken zu lassen. Da jedoch darauf bis jetzt keine Resolution erfolgt, habe M. sein eigen Gericht bis dato gehabt, die Waid-Waldungen, derselben Rügungen und andere bisherige gemeinschaftliche Utilien aber mit G. gemeinschaftlich fortgeführt. Wie nun die von M. die erhaltene Gnade mißbraucht und den Waidgang weiter, als ihnen gebührt, mit Schaffen gebraucht haben, so haben die von G. instantissime verlangt, daß man beide Flecken sowohl des Gerichts als auch Waldungen und Waidgangsgenusses sampt dem Aigenthum separiren zu dem Ende bis zu der Sachen-Entscheidung denen von M. allen Waidgang und Waidgenuß verbiethen soll. Auf beider Flecken Vorsteher Bitten ist die Sache endlich vor das Oberamt gebracht und der ganze Streit per modum amicabilis compositionis gütlich entschieden worden auf Grund der vorliegenden Urkunden, und sind

wegen dem Waidgang zwei gleichlautent pergamenttin Brieff in dem Flecken vorhanden de anno 1503, davon der Haubtinhalt also lautet:

Am dritten den Viehtrieb und Trab anbetreffend wissent und entscheiden wir also: mit dem Schmalvieh, so die von M. vermeynten zu haben, soll es noch zur Zeith bleiben, wie von Alters gewesen ist; die von M. mögen mit ihrem Vieh mit derer von G. Vieh oder demselben nach in die Stupflen fahren und doch die von M. keineswegs den Vortrieb haben noch brauchen, item so soll es mit dem Zug- oder Mastvieh also gehalten werden, daß die von G. mit demselben ihrem Vieh uff dero von M. Waid, wird dann die von M. auch zu ihrem Zugvieh brauchen, mögen fahren; doch das gehürnte Vieh den Vortrieb haben, wie von Alters bisher der Brauch gewesen ist. Nach bisheriger Observanz geht derer von M. Waidgang von seinem im Zehenten derer von G. bis an die Ammer und darffen Sie von M. mit Roß, Vieh und Schaffen solchen Zutrieb gebrauchen, so hat M. auch Fug und Macht in die Waldung von G. als welches ein gemeiner Wald und ihnen G. und M. als einerlei Burgerschaft miteinander jedoch nach Art und Weise, wie obsteht, gehörig ist, mit ihrem Vieh, es seien Schaaf, gehörnt Vieh und Pferde — dagegen aber haben die von G. mit ihrem Zug und Mastvieh in der von M. Zwing und Benn die Zufahrt und Zutrieb, jedoch hat jeder Ort den Vortrieb in dessen Zwing und Benn zu gebrauchen, beede Orth dörffen auch mit deren Vieh den Wald gebrauchen und mit dem gehörnten Vieh, item Schaaffen und Pferdten darein fahren und nach Gefallen außer den verhengten Häu darin weiden. Diese Weidegerechtigkeit solle nun, wie vorsteht, künftig exerzirt und fürohin also genossen auch zu Vösthaltung und Verhüttung weiteren Disputs die zwischen G. und M. anno 1715 bei der Weiderenovation neuerlich gesetzte 4. Waidsteine durch die Untergänger hinweg gethan werden; wobei noch ferner den von M. an-

bedungen worden, daß sie die Waldungen mit Vieh nicht überschlagen und über 60 Stück gehürnt Vieh und 150 Schaaff nicht darein treiben sollen.

Von dem Pförch: Deswegen besagt ein anno 1618 vorhandener Brieff, daß die von M. den Pferch weiter nicht haben noch gebrauchen sollen, als alleinig und allein, soweit vermöge eines pergamenttinen Brieffs. de dato 11. Aprillis de anno 1538 zu untergehen und Stein zu setzen berechtigt. Da aber die von M. diesen Pförch nur 2 Jahre gebrauchet, in dem 3. Jahre aber, wenn nämlich die Zelg Mahnen, so völlig im Zehenden von G., brach liegt, also außer dem Bezirkh von M. nicht stellen können noch dörffen, so haben selbige bisher in solchem dritten Brachjahr den Pferch denen von G. gegen Abtretung des Schäfers und anderer erforderlicher Gebühr überlassen, bei welchem es fierohin verbleiben soll, also daß, wofern die von M. auf deren eigenthümlichem Bezirkh den Pförch nicht stellen können, selbigen denen von G. nach bisheriger Gebühr zukommen lassen sollen, jedoch soll solcher Pförch ohne beider Fleckhen Vorsteher Wissen und Einwilligung nicht über das Sträßlein hereingethan denen von M. aber gestattet werden, den Pförch so hoch möglich an die von G. zu verleihen."

Im Jahr 1833 erreichte M. die Trennung von G. und die Bildung einer eigenen Gemeinde. Hinsichtlich der Weide kam am 10. Juni 1839 unter Leitung des Oberamts und Oberamtsgerichts H. und mit Zuziehung von 3 Schiedsrichtern ein Uebereinkommen zwischen beiden Gemeinden zu Stande. Der seiher gemeinschaftliche Weidgang auf den Zelgen Letten mit 849 Morgen, Zelg Herrenberg mit 910 Morgen und dem von G. bisher nicht beweideten Bauernfeld von M. mit 70 Morgen wurde aufgehoben, und der Gemeinde M. nach der Anzahl von 150 Schafen, die sie seither auf der Weide ernährt hatten, während G. seither 360 Schafe ernährt hatte, von der Zelg Letten 209 Morgen, der Zelg Herrenberg 175 Morgen, sowie das Bauern-

feld mit 70 Morgen, zusammen 454 Morgen, zur ausschließlichen Beweidung zugewiesen, und dabei bestimmt, daß dieser Distrikt versteint und näher beschrieben werden soll, auch M. auf jedes weitere Weid- und Pförchrecht auf der Markung G. verzichte, insoweit die Felder nicht in den Bezirken liegen, welche M. zur ausschließlichen Benützung überlassen werden.

Im Jahr 1874 beschlossen die bürgerlichen Kollegien von G., das der Gemeinde M. auf ca. 384 Morgen der Markung G. zustehende Weide und Pförchrecht zur Ablösung anzumelden. M. berief sich dagegen auf die Entstehung des Weiderechts, das nicht im Privatrecht, sondern im öffentlicher Recht seinen Grund habe. Auch seien die Grundstücke meistens im Besitz von Bürgern von M. G. berief sich dagegen darauf, daß Uebertriebsrechte auf fremder Markung seit dem Weidegesetz nur als Privatrechte existiren, und jedenfalls habe das Weiderecht von M. auf der Markung G. seit der Trennung beider Gemeinden nur noch als Privatrecht, nicht als öffentliches Recht bestanden, was jedoch M. widersprach, da durch den Vertrag vom 10. Juni 1839 das Recht kein anderes geworden sei.

Die Kreisregierung, welcher der Streit zur Entscheidung vorgelegt wurde, erkannte auf die Ablösbarkeit des Weiderechts von M., „weil dasselbe als Weiderecht auf einer fremden Markung, wie aus den Kammerverhandlungen über Art. 40 des Weidegesetzes unzweifelhaft und deutlich hervorgeht, ohne Rücksicht auf seine Entstehung privatrechtlicher Natur ist, und deßhalb der Ablösung nach Art. 37 Abs. 1 des Weidegesetzes unterliegt."

Auf erhobene Beschwerde hob jedoch der Geheimerath unterm 30. Dez. 1874 das Erkenntniß der Kreisregierung wegen Unzuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung des Streits aus folgenden Gründen als nichtig auf:

1) Die Gemeinde G. hat ihren Anspruch auf Ablösung des auf einem Theil ihrer Markung lastenden Schafweiderechts der Gemeinde M. sowohl in ihrer schrift-

lichen Erklärung als bei der mündlichen Verhandlung in Uebereinstimmung mit dem Art. 37 des Weidegesetzes vom 26. März 1873 auf die privatrechtliche Eigenschaft dieses Rechts gegründet, und es hat die Kreisregierung in ihrer Entscheidung vom 1. Sept. 1874 ausgesprochen, daß dieses Recht als ein privatrechtliches ablösbar sei, auch am Schluß ihrer Entscheidung die privatrechtliche Natur des Rechts wiederholt ausgesprochen.

2) Schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen steht die Entscheidung darüber, ob ein in Anspruch genommenes Recht ein privatrechtliches sei, oder auf einem privatrechtlichen Titel beruhe, nicht den Verwaltungsrechtsstellen, sondern dem Civilrichter zu, und dieser allgemeine Rechtsgrundsatz hat auch im Art. 87 Abs. 2 des Weidegesetzes dahin Ausdrucks gefunden, daß bei einem Streit über das Bestehen und den Umfang eines Feldweiderechts die Entscheidung den Verwaltungsrechtsstellen nur insoweit zugewiesen ist, wenn dasselbe auf den Markungs- oder Gemeindeverband gestützt wird, während in allrn andern Fällen die Gerichte über solche Streitigkeiten zu entscheiden haben sollen.

3) Wenn gegen die hiernach vorliegende Ueberschreitung ihrer Zuständigkeit von Seite der Kreisregierung eingewendet werden wollte, daß, indem den Verwaltungsrechtsstellen die Entscheidung darüber zugewiesen sei, ob ein Weiderecht auf dem Markungs- oder Gemeindeverband beruhe, damit denselben von selbst auch die Entscheidung über das Vorhandensein eines privatrechtlichen Weiderechts deßhalb zugewiesen sei, weil bei dem unbestrittenen Vorhandensein eines an sich vorhandenen Rechts in dem Ausspruche, daß dasselbe nicht auf einem öffentlich rechtlichen Titel beruhe, von selbst der Ausspruch liege, daß das Recht ein privatrechtliches sei, so kommt gegen diese Schlußfolgerung in Betracht, daß einmal von Seite der Gemeinde G. ein Ausspruch darüber, daß das fragliche Recht kein öffentlich rechtliches sei, nicht verlangt worden ist, dann aber, daß das Gesetz in Art. 37 Abs. 1 zu Be-

gründung der Ablösbarkeit eines Weiderechts nicht nur das verlangt, daß dasselbe als ein nicht öffentlich rechtliches anerkannt ist, sondern einen positiven Ausspruch dahin, daß das Weiderecht ein privatrechtliches sei, zu einem Ausspruch hierüber aber nach dem Ausgeführten nicht die Verwaltungsrechtsstellen, sondern die Civilgerichte zuständig sind.

4) Kann hiernach die Zuständigkeit der Kreisregierung zur Verhandlung und Entscheidung des vorliegenden Streits für begründet nicht erachtet werden, so erscheint sie auch dadurch nicht gerechtfertigt, daß, wie die Kreisregierung in ihrer Entscheidung angenommen hat, bei den Verhandlungen über die Verabschiedung des Art 40 des Weidegesetzes von den gesetzgebenden Faktoren von der Ansicht ausgegangen worden sei, daß einseitige Weiderechte auf einer dem Berechtigten fremden Markung ohne Rücksicht auf ihre Entstehung privatrechtlicher Natur seien; denn, nachdem der die unbedingte Ablösbarkeit aussprechende von der Kammer der Abgeordneten beantragte, von der Kammer der Standesherrn aber abgelehnte Zusatz zu dem Art. 40 nicht Gesetz geworden ist, und auch durch die Aufnahme desselben in §. 12 der Ministerialverfügung vom 5. Juli 1873 nicht zum Gesetz erhoben werden konnte, fehlt es an der durch den Art. 87 Abs. 4 allein für die Auslegung und Anwendung der gesetzlichen d. h. Gesetz gewordenen Bestimmungen des Weidegesetzes den Verwaltungsrechtsstellen gegebenen Grundlage zur Begründung ihrer Zuständigkeit, auszusprechen, daß das fragliche Weiderecht ein privatrechtliches sei.

II. Ganz von denselben Grundsätzen ging der Verwaltungsgerichtshof in dem nachfolgenden Fall aus:

In den Oberamtsbezirken Mergentheim und Künzelsau befinden sich in Folge der Verheerungen des dreißigjährigen Kriegs mehrere verödete und abgegangene Orte. Bis zur Durchführung des Gesetzes vom 18. Juni 1849 bildeten dieselben eigene Markungen, die einer Gemeinde in gerichtlicher und polizeilicher Beziehung zugetheilt waren,

während sie in Durchführung des genannten Gesetzes einer oder mehreren bestimmten Gemeindemarkungen einverleibt wurden. So liegen auf der jetzigen Markung der Gemeinde Hollenbach, O.A. Künzelsau, die früheren Markungen der abgegangenen Orte Salach, Ozendorf und Althollenbach, die, da sie schon früher der Gemeinde Hollenbach in gerichtlicher und polizeilicher Beziehung zugetheilt waren, und auch sonst mit Hollenbach in Verbindung standen, nicht ohne Widerspruch der an einzelnen Theilen dieser Markungen gleichfalls betheiligten Gemeinde Roth, O.A. Mergentheim durch Verfügung der Kommission für die Vereinigung des Gemeindeverbands vom 8. Januar 1852 neben anderen exemten Besitzungen der Markung der Gemeinde Hollenbach einverleibt wurden.

Das Weiderecht auf diesen Markungen hatte schon früher zu Civilprozessen zwischen den Gemeinden Roth und Hollenbach geführt. Auf der Markung Ozendorf war dasselbe früher den Grafen von Hohenlohe Weikersheim und dem deutschen Orden in Mergentheim gemeinschaftlich zugestanden. Hohenlohe hatte daraus die Schäferei Herbsthausen, Deutsch Orden die Schäferei Roth und Igelstrut (gleichfalls abgegangener Ort) gebildet. Letztere Schäferei ging mit der Besitznahme von Deutsch Orden auf Württemberg über. Durch Vertrag vom 12. Mai bis 26. Sept. 1834 verkaufte die Staatsfinanzverwaltung diese Schäferei an die Gemeinden Roth, Dörtel, Hachtel und Hollenbach um 11 300 fl., wobei der auf die einzelnen Markungen entfallende Theil des Kaufpreises (für Ozendorf 2450 fl.) angeschlagen, die Art und Weise der Vertheilung der Schafweide unter die kaufenden Gemeinden aber der Verständigung derselben überlassen blieb. In der Folge wurde diese Weide unter die Gemeinden Hollenbach und Roth, das den Theil von Hachtel übernommen hatte, vertheilt. — Die Schäferei Herbsthausen, von welcher das Mitweiderecht auf der Markung Ozendorf einen Theil bildete, ging nach dem Jurisdiktionalbuch des Amts Weikersheim von 1705

durch Kaufvertrag vom 23. April 1600 von dem Graf Wolf von Hohenlohe Weikersheim um 1700 fl. an Schäfer Michael Köhler von Neubronn in erblehenbaren Besitz über. Im Jahr 1669 wurde sie wieder für die Herrschaft erworben, unterm 18. Aug. 1684 aber von der verwittweten Gräfin Sophie Amalie an die Gemeinden Herbsthausen und Adolzhausen um 300 fl. verkauft. Diese Gemeinden theilten im Jahr 1778 das Weiderecht unter sich ab. In dem Abtheilungsvertrag wurde das Weiderecht auf Markung Ozendorf nicht namentlich aufgeführt, während der Kaufvertrag von 1600 eine genaue Beschreibung der einzelnen Weiderechte enthält, auf welche der Kaufvertrag von 1684 Bezug nimmt.

Unterm 16. Dez. 1834 verkauften die Schäfereibesitzer von Herbsthausen ihr Uebertriebsrecht auf der Markung Ozendorf um 600 fl. an die Gemeinde Roth. Hollenbach aber machte Roth die Ausübung dieses Mitweiderechts streitig, weil der Theilungsvertrag vom 18. Okt. 1778 die Markung Ozendorf nicht erwähne. Roth wendete dagegen ein, daß die an Herbsthausen abgetretene Weidefläche die Ozendorfer Markung von den Theilen der übrigen Weidefläche vollständig abtrenne, und deßhalb eine spezielle Erwähnung dieser Markung nicht erforderlich war. Nachdem das Oberamtsgericht Künzelsau unterm 31. Oktober 1838 zu Gunsten der Gemeinde Roth, der Civilsenat des Gerichtshofs für den Jaxtkreis den 24. April 1840 für die Gemeinde Hollenbach erkannt hatte, änderte der Civilsenat des K. Obertribunals den 5. Mai 1843 dieses Erkenntniß dahin ab, daß Roth das Mitweiderecht auf Ozendorfer Markung zustehe, und Hollenbach jede Störung desselben untersagt sei. Durch die Einträge in dem Jurisdiktionalbuch des Amtes Weikersheim von 1705 sei der Beweis des Rechts hergestellt, die Beschreibung des Weiderechts von 1600 führe ausdrücklich das der gräflichen Herrschaft das ganze Jahr auf Ozendorfer Markung zustehende Weiderecht auf, aus dessen Nichterwähnung in der

Theilungsurkunde folge nichts, da Hollenbach selbst zugebe, daß Adolzhausen durch die Theilung von der Ozendorfer Markung ausgeschlossen werde; der behaupteten Nichtausübung durch die Herbsthauser Schäfereibesitzer stehe aber der Nachweis der Ausübung durch die Aussage von drei Zeugen gegenüber. Es sei daher zu Gunsten von Roth zu erkennen, wobei aber die Bestimmung des Umfangs und der Grenzen des Weiderechts nach der Uebereinkunft der Parteien besonderem Verfahren vorbehalten sei. Ein auch hierüber entstandener Rechtsstreit fand in II. Instanz durch Vergleich vom 29. August 1849 dahin seine Erledigung, daß Roth $^{38}/_{125}$, Hollenbach $^{87}/_{125}$ des Areals der Weidefläche und zwar Roth gegen seine Markung hinzugetheilt werden soll.

Nach dem Erscheinen des Weidegesetzes meldete Hollenbach das in Folge der Einverleibung vom 8. Januar 1852 nun auf seiner Markung der Gemeinde Roth zustehende Weiderecht auf der früheren Ozendorfer Markung zur Ablösung an. Die bürgerlichen Kollegien von Hollenbach bezogen sich hierfür auf die Ausführung Schwandners zu Art. 40 des Weidegesetzes S. 51, nach der einseitige Uebertriebsrechte auf einer andern Markung als der des Berechtigten ohne Unterschied auf Verlangen des belasteten Theils der Ablösung unterliegen. Ueberdies sei das Weiderecht ein privatrechtliches. Roth dagegen bestritt die privatrechtliche Eigenschaft des Weiderechts. Die Gemeinde übe dasselbe nur auf den unmittelbar an ihre Markung stoßenden Gütern von Angehörigen ihrer Gemeinde in Verbindung mit dem Weiderecht auf ihrer Markung als Theil der letzteren aus, es sei daher kein Weiderecht auf fremden Grundstücken, sondern eine gemeinschaftliche Weide, welche die Gemeindegenossen von Roth zu Gunsten der Gemeindekasse durch Verpachtung ausüben. Hollenbach aber sei auf Ozendorfer Markung nur Mitbesitzerin des den Hollenbacher Gemeinderechtsbesitzern zustehenden, somit privatrechtlichen Weiderechts. Das Weiderecht von Roth als ein nicht privatrechtliches unterliege deßhalb der Ablösung nicht.

Daran müsse Roth um so mehr festhalten, als der Fortbestand der Weide auf den Gütern seiner Gemeindeangehörigen bei dem geringen Umfang der Markung Roth für ihre landwirthschaftlichen Interessen geboten sei. Seit undenklicher Zeit seien die Güter auf Ozendorfer und Althollenbacher Markung auch da, wo Roth die Weide nicht zustehe, im Besitz von Rother Angehörigen, weil ihre Markung zu klein sei, während die Markung Hollenbach zu groß sei, um von den Hollenbachern allein bewirthschaftet zu werden. Wenn sie die Kommission für Vereinigung des Gemeindeverbands mit ihrem Anspruch auf Zutheilung eines Theils der Markungen abgewiesen habe, so habe sie sicher solche Folgen nicht im Auge gehabt. Das Gesetz wolle die Ablösung des Weiderechts auf fremden Grundstücken, die Gemeindeweiden aber sollen fortbestehen d. h. die Gesammtheit der Güterbesitzer soll das Weiderecht auf ihrem Grund und Boden haben. Unterstellt sei bei der Gemeindeweide, daß die Grundstücke der Hauptsache nach im Eigenthum der Gemeindeangehörigen seien. Hier aber besitzen die Angehörigen von Roth einen größeren zusammenhängenden Komplex auf der nun Hollenbacher Markung, und während seither die Gemeinde Roth auf diesem Komplex das Weiderecht ausübte, soll dasselbe der Gesammtheit der Gutsbesitzer genommen und einem Dritten — der Gemeinde Hollenbach gegeben werden. Würde das zur Ausführung kommen, so würde der Buchstabe des Gesetzes dessen Geist und Absicht tödten. — Hollenbach berief sich dagegen auf die erst im Jahr 1834 erfolgte Erwerbung des Weiderechts von Herbsthausen und der Staatsfinanzverwaltung. Uebrigens dürfte hier weniger die privatrechtliche Natur des Uebertriebsrechts, als das entscheiden, daß nach den Kammerverhandlungen über Art. 40 des Weidegesetzes das Weiderecht von Roth der Ablösung unterliege.

Roth bemerkte darauf, daß es sich nicht wie Art. 40 des Weidegesetzes bestimme, um gegenseitige Uebertriebsrechte handle. Das Recht von Roth sei überhaupt kein

Uebertriebsrecht, sondern ein ausschließliches Weiderecht auf dem Ozendorfer Distrikt. — Dem gegenüber beharrte Hollenbach auf dem Ablösungsantrag auf Grund der Kammerverhandlungen zu Art. 40 des Weidegesetzes und der privatrechtlichen Natur des Rechts, für die auch das Erkenntniß des Obertribunals spreche (das die Kompetenz nicht erörterte).

Unterm 29. Januar 1878 erkannte die Regierung des Jaxtkreises die Gemeinde Roth unter Verurtheilung in die Kosten für verpflichtet, der Ablösung stattzugeben. Nach den Kammerverhandlungen zu Art. 40 des Gesetzes sei die Weigerung Roths unbegründet. Die Kammer der Abgeordneten habe den Antrag ihrer Kommission ohne Widerspruch angenommen, die Kammer der Standesherrn denselben nur als schon in Art. 37 enthalten für überflüssig gehalten. Die Kammer der Abgeordneten habe sich dabei beruhigt, weil öffentliche Weiderechte auf fremden Markungen überhaupt nicht existiren, solche vielmehr stets privatrechtlicher Natur seien. Die aus den Eigenthumsverhältnissen der betreffenden Grundstücke und ihrer Lage neben der Markung Roth erhobenen Einwendungen seien daher unbegründet.

Nachdem Roth und Hollenbach in der Berufungsinstanz noch die erforderlichen Schriftsätze über die Natur des Weiderechts von Roth und die Wirkung der Einverleibung der Markung Ozendorf in die Markung Hollenbach gewechselt hatten, aus denen nichts hervorzuheben ist, erkannte der Verwaltungsgerichtshof unterm 17. Juli 1878:

„daß das Regierungserkenntniß wegen Unzuständigkeit der Kreisregierung zur Verhandlung und Entscheidung des Streits unter Aufhebung des Sportelansatzes und unter Verurtheilung des Berufungsbeklagten in die Kosten beider und die Sportel dieser Instanz als nichtig aufzuheben, und die Berufungsbeklagte mit ihrem Anspruch an die Civilgerichte zu verweisen sei.

Gründe.

1) Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung

in dieser Instanz ist der Streit zwischen den Gemeinden Hellenbach und Roth über die Ablösbarkeit des von der Gemeinde Hollenbach zur Ablösung angemeldeten der Gemeinde Roth auf den verödeten vormaligen Markungen Ozendorf und Althollenbach zustehenden Weiderechts. Die Gemeinde Hollenbach stützt ihren Ablösungsantrag theils auf die Eigenschaft des Weiderechts als eines privatrechtlichen, theils auf den Art. 40 des Weidegesetzes und das aus Anlaß seiner Verabschiedung in der Ständeversammlung Verhandelte. Die Gemeinde Roth bestreitet, daß das ihr zustehende Weiderecht ein privatrechtliches sei, und macht hinsichtlich des Art. 40 des Weidegesetzes geltend, daß es sich nicht, wie der Art. 40 zu seiner Anwendung verlange, um gegenseitig auszuübende Weiderechte, sondern nur ein der Gemeinde Roth einseitig auf der Markung Hollenbach zustehendes Weidrecht handle. Letzteres ist richtig, da die Gemeinde Hollenbach kein ihr auf der Markung Roth zustehendes Weiderecht geltend gemacht hat.

2) Der Art. 87 des Weidegesetzes hat die Zuständigkeit der Verwaltungsjustiz gegenüber den Civilgerichten dahin geregelt, daß „einen Streit über das Bestehen und den Umfang eines Feldweiderechts, insoweit dasselbe auf den Markungs- und Gemeindeverband gestützt wird, die Verwaltungsrechtsstellen, in allen andern Fällen die Gerichte zu entscheiden haben;" sodann sind durch Abs. 4 „alle sonstigen Streitigkeiten, welche sich über die Auslegung und Anwendung des Gesetzes erheben, der Entscheidung der Verwaltungsbehörden in I. Instanz der Kreisregierung in II. Instanz des Geheimenraths, jetzt des Verwaltungsgerichtshofs, zugewiesen."

Die Zuständigkeit der Kreisregierung zur Entscheidung des Streits wäre daher nur begründet gewesen, wenn es sich entweder um einen Anspruch über das Vorhandensein eines auf den Markungs- oder Gemeindeverband sich stützenden Weiderechts oder um einen Streit über Auslegung oder Anwendung des Gesetzes gehandelt hätte.

Weder das Eine noch das Andere konnte man zutreffend finden.

3) Die Zuständigkeit zur Entscheidung über das Bestehen eines Rechts schließt auch die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Natur dieses Rechts d. h. darüber in sich, ob das betreffende Recht als Privatrecht oder als öffentliches Recht bestehe. Dies folgt an sich, wie aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, so für das vorliegende Gesetz insbesondere daraus, daß der Entwurf des Weidegesetzes, (Art. 82), jetzt 87 des Gesetzes, den Vorschlag gemacht hatte, den Verwaltungsbehörden (Kreisregierung in I. Geh. Rath in II. Instanz) die Entscheidung darüber zuzuweisen, ob ein „unter dieses Gesetz fallendes seinem Bestehen und seinem Umfang nach unbestrittenes Recht öffentlich rechtlicher Natur sei, oder auf besonderem privatrechtlichen Titel beruhe, dieser Vorschlag aber von der Ständeversammlung nicht angenommen wurde. Insoweit nun die Gemeinde Hollenbach den Art. 37 des Weidegeſ. für ihren Ablösungsantrag geltend macht, bedarf sie bei dem Bestreiten der privatrechtlichen Eigenschaft des Weiderechts der Gemeinde Roth durch die letztere eines positiven Ausspruchs des hierfür zuständigen Gerichts, daß das Recht ein privatrechtliches ist, ein Ausspruch, der nur den Civilgerichten zusteht.

4) Dagegen hat die Gemeinde Hollenbach unter Berufung auf

Schwandner Weidegesetz Art. 40 S. 51.

geltend gemacht, daß nach der übereinstimmenden Ansicht der gesetzgebenden Faktoren auch einseitige Weiderechte auf fremder Markung der Ablösung unterliegen sollten, während der Art. 40 des Gesetzes nach seinem klaren Wortlaut dies nur für gegenseitige Weiderechte ausspricht. Es besagt auch §. 12 zweiter Absatz der Verfügung der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 5. Juli 1873. „Einseitige Weiderechte auf einer anderen Markung als derjenigen, welcher der Berechtigte, sei dieser eine Ge-

meindegenossenschaft oder ein Einzelner angehört, unterliegen ohne Unterschied der Ablösung."

Richtig ist, daß die Kammer der Abgeordneten bei der ersten Berathung des Art. 40 des Gesetzes (Art. 41 des Entwurfs) den Antrag auf Beifügung eines Zusatzes zu diesem Artikel mit einem dem Vorstehenden im Wesentlichen gleich lautenden Inhalt angenommen hat; ebenso richtig ist aber auch, daß die Kommission der Kammer der Standesherrn den Antrag gestellt hat, diesen Zusatz abzulehnen, „weil er in der That nicht nöthig sei, da Art. 39 (des Entwurfs jetzt Art. 37 des Gesetzes) hierüber schon das Erforderliche enthalte, und daß die Kammer der Standesherrn in ihrer Sitzung vom 13. Dez. 1872 in Uebereinstimmung mit diesem Antrag den Zusatz abgelehnt hat, auch die Kammer der Abgeordneten denselben fallen ließ.

Ob die Kammer der Standesherrn sich hiedurch mit der in der Kammer der Abgeordneten zu Tage getretenen Ansicht über die unbedingt privatrechtliche Natur solcher Weiderechte trotz der — bei in diesem Fall unbedenklicher Annahme — eingetretenen Ablehnung des Zusatzes einverstanden erklären wollte, kann dahin gestellt bleiben. Außer Zweifel ist, daß dieser Zusatz in Folge der Ablehnung von Seite der Kammer der Standesherrn nicht Gesetz geworden ist, und daß er dies auch durch seine Aufnahme in den §. 12 der gedachten Ministerialverfügung nicht werden konnte, daß derselbe vielmehr eine ausgesprochene Rechtsansicht der Kammer der Abgeordneten geblieben ist, deren Prüfung nach wie vor dem freien Ermessen des hiefür nach dem zu Ziff. 3 Ausgeführten zuständigen Civilrichters anheimgestellt bleibt.

In Ermangelung einer hiernach nicht vorhandenen gesetzlichen Bestimmung läßt sich daher auch die Zuständigkeit der Kreisregierung zur Entscheidung über die Ablösbarkeit des Weiderechts der Berufungsklägerin auf dem Grund der ständischen Verhandlungen zu Art. 40 des Weidegesetzes nicht durch den vierten Absatz des Art. 87 des Weidegesetzes begründen, und mußte daher, wie geschehen erkannt werden.

(Fortsetzung folgt im nächsten unter der Presse befindlichen Hefte.)

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

G.

H.

K.

L.

M.

N.

